


KÖPRÜLÜ KÜT.
95
M. ASIM BY.

ادمیری جلد ثالث

٩٥

يا فتاح

كتاب البيوع انما ذكره بعد الوقف لان كلا منهما يكون سببا لزوال الملك عن صاحبه
الا انه في الوقف يزول لا الى مالك فنزل الوقف في ذلك منزلة المفرد من المركب والمفرد
مقدم على المركب في الوجود فقدم الوقف على البيع في الوضع ثم لفظ البيع مصدر
قد يراد به المبيع مبنيا للمفعول فيقال بيع جديد فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع وقد يراد به
المعنى المصدري وهو الاصل فجمعه باعتبار انواعه الحاصلة من اعتبار المبيع والثمن فانه
يتنوع الى سلم وهو بيع الدين بالعين والى بيع مطلق وهو بيع العين بالدين والى صرف
وهو بيع الثمن بالثمن والى مقايضة وهو بيع العين بالعين والى منجز ومؤجل ومرابحة
وتولية ووضيعة ثم انه من الاضداد وفي المغرب يقال باع الشيء اذا شراه او اشتراه
ويتعدى الى المفعول الثاني بنفسه وبحرف الجر يقول باعه الشيء وباع منه وقد يدخلون
على المفعول الاول على وجه التاكيد فيقال بعت من زيد الدار على ما في المصباح والمراد
بكونه من الاضداد اطلاقه على الضدين بالاشتراك المعنوي كما هو شان سائر ما يكون
من الاضداد كالمولى لا بطريق الاشتراك اللفظي ويؤيده ما في المصباح حيث قال والبيع
من الاضداد مثل الشراء ويطلق على كل واحد من المتعاقدين انه بايع لكنه اذا اطلق البايع
فالمتبادر الى الذهن بايع السلعة هذا فان المتبادر منه الاطلاق بطريق الاشتراك
المعنوي بان يوضع في اللغة بازاء معنى وهو تمليك المال بالمال ويطلق باعتبار هذا على
كل من الطرفين وثبوته بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول لان تعلق البقاء المقدر
بتعاطيه يدل على ثبوته وركنه الايجاب والقبول على ما سيأتي وحكمه افادة الملك
وشرطه من جهة العاقدين العقل التمييز ومن جهة المحل كونه مالا متقوما مقدور
التسليم واختلفت عباراتهم في معناه ففي العناية تمليك المال بالمال وفي فتح القدير
نقلا عن فخر الاسلام مبادلة المال بالمال والفرق بين المعنيين ان البيع على الاول يقوم
بالواحد وعلى الثاني يقوم بالاثنين واليه اشار بقوله البيع مبادلة مال بمال اي
العقد الحاصل بالمبادلة والا فالمبادلة من مقولة الفعل والبيع الشرعي هو العقد
الشرعي الذي هو من مقولة الانفعال فلا يصح حمل احدهما على الآخر اي التعريف به
ولا بد من زيادة قيد التراضي فرقا بين معناه الشرعي واللغوي على ما ذكره فخر الاسلام
واحترازا عن بيع المكره وانما تركه لانفهامه وجعله مشتملا على جميع انواع البيع لازما

اوغير لازم وبيع المكره منعقد وان لم يلزم حتى لو اذن نفذ ولكنه لابد فيه من قيد
بطريق الاكتساب ليخرج المبادلة بطريق التبرع والهبة بشرط العوض والتضمين
كمن حرق ثوب رجل خرقا فاحشا او غصبه واتلفه فتراضيا على دفع الثوب واخذ
القيمة فانها ليس ببيع واعلم ان البيع في الشرع لما كان عبارة عن مبادلة مال بمال
لم يكن من الاضداد بحسب معناه الشرعي لانه عبارة عن مجموع بعت واشتريت على ما
يدل عليه قوله وينعقد بايجاب وقبول فلا يصدق على واحد منهما حتى يكون من الاضداد
بخلاف معناه اللغوي اعني تمليك المال بالمال فانه يصدق على كل من الطرفين فيكون من الاضداد
فظهر منه ضعف ما ذكره في العناية من انه من الاضداد لغة واصطلاحا وينعقد بايجاب
وقبول يعني اذا سمع كل كلام الاخر حتى لو قال البايع لم اسمعه وليس به صمم وقد سمعه من في
المجلس لا يصدق على ما في فتح القدير والمراد بالانعقاد تعلق كلام احدهما بالاخر تعلقا
شرعيا بحيث يظهر اثره في المحل اي ويحصل البيع الشرعي وهو المبادلة المذكورة بتعلق كلام
احدهما بالاخر شرعا سواء كان الكلامان من شخص واحد كما في بيع الاب من طفله او شرائه
منه فان عبارة الاب قيمت مقام العبارتين حتى لو قال بعت هذا من ابني او اشتريت هذا منه
ينعقد البيع لانه كان اصيلا في حق نفسه ونائبا في حق طفله ويلزمه ثمن ما شراه منه
فالقاضي ينصب وكيلا لقبض الثمن للطفل فيرده على ابيه فيكون امانة عنده او من شخصين
كما بيع غيره بلا تعاطي والايجاب عبارة عما صدر عن احد المتعاقدين اولا سواء
كان بايعا كبعت او مشتريا كان ابتدا المشتري فيقول اشتريت منك هذا بكذا وانما
سمي هذا ايجابا لان الايجاب نقيض السلب وهو الاثبات وكلام من تكلم اولا لانه
يثبت الرضاء بمدلوله للمتكلم وخيار القبول للاخر فاذا قبل الاخر يسمى كلامه قبولا
لدلالته على قبوله لصاحبه فان قيل ان كلام الاخر يثبت لزوم البيع بحيث يسقط خيار
المجلس ورضاء مدلوله لصاحبه قلنا نعم الا انهم سموه قبولا لتمييزه عن الاثبات
الاول واعلم ان الايجاب والقبول علة مادية لبيع والمبادلة صورية له والعاقدان
فاعلية وحصول الملك غايته فالتعريف المذكور يدل على الصورية بالمطابقة وعلى
الباقي بالالتزام لان المبادلة لا يكون الا بالايجاب والقبول من الطرفين ويلزمه حصول
الملك بالضرورة بلفظي الماضي اشارة الى شرط الايجاب والقبول كبعت واشتريت

وما

وما دل على معناهما كاعطيتك بكذا او لاخر رضيت على ما سيأتي وهذا لان البيع انشاء
تصرف شرعي لكونه اثبات ما لم يكن من العقود الشرعية وكل ما هو كذلك يعرف بالشرع
اما الصغرى فلما ذكرناه واما الكبرى فلان الامور الشرعية لا تتلقى الا من الشرع اذ لا مدخل
للرأي فيه ووضع اللغة لم يضع للانشاءات الشرعية لفظا خاصا لانها انما يعرف بالشرع
فاستعمل الشرع ما وضع للاخبار عن الماضي لغة للانشاء الحال الشرعي من البيع وغيره فينعقد
به وانما اختار لفظ الماضي لانه يدل على تحقق الوجود فاذا قصد انشاء شيء وايجاده فاللفظ
الذي لزمه الوجود لحققه وهو لفظ الماضي فلا ينعقد بلفظين كلاهما او احدهما مستقبل
او امر لعدم ورود الشرع فيه ولان المستقبل ان كان من البايع نحو ابيع يكون وعدا لا بيعا
وان كان من المشتري يكون مساومة وطلبا لا بيعا حتى لو قال المشتري بعني هذا بكذا فقال
البايع بعت فلا يتم البيع ما لم يقل المشتري اشتريت او قبلت وكذا لو قال البايع اشتر مني هذا
بكذا فقال المشتري اشتريت لا يتم البيع ما لم يقل قبلت هذا وجه ما قاله الطحاوي ان البيع
قد ينعقد بثلاثة الفاظ قالوا ان صيغة الامر لا يكفي عن الايجاب في البيع والاقالة ويكفي
في النكاح والخلع والعتق والهبة والابراء من الدين والكفالة فلو قال زوجني بنتك فقال
زوجتك يتم النكاح ولو قال خالعني بكذا فقال خالعت يتم الخلع ولو قال العبد اشتر نفسك
مني بالف فقال فعلت عتق ولو قال هب لي فقال وهبته منك تمت الهبة ولو قال لصاحب
الدين ابرئني عما لك من الدين فقال ابرأتك تمت البراءة ولو قال اكفل بنفس فلان لفلان فقال
كفلت تمت الكفالة فاذا كان غائبا فقدم واجاز كفالته جاز وان عدم انعقاده بالمستقبل
اذا كان اللفظان او احدهما مستقبلا بلا نية الايجاب في الحال واما اذا كان المراد ذلك
فينعقد به البيع لان صيغة الاستقبال يحتمل الحال فصحت النية وورد في العناية بان
لفظ المستقبل انما يكون بالسين او سوف وهو لا يحتمل الحال فان اريد بلفظ المستقبل
فيما نحن فيه ذلك فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها
المحل وان اريد به ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فنقول لا يجوز به البيع ايضا
وان كان بالنية بالايجاب في الحال لانها انما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الاصلية
والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال فلا يحتاج الى النية ولا ينعقد به لعدم وقوع
الاتر فيه وكونه وعدا او مساومة اقول ان المحتاج الى النية ههنا انما هو الانشاء لا الحال

الاخبار وحقيقة المضارع هو الثاني دون الاول لكونه حقيقة في الحال الاينافي لحيثاجه
الى النية للحال الانشائي واما الاثر الوارد في صيغ الماضي فمعلل بالدلالة على التراضي فاذا انضاف
على نية الانشائي الحالي يكون ملحقا به كالتعاطي واما ما ذكره من الوعد فلا يتمشى في
صيغ المضارع اذا كان حقيقة في الحال لانهما انما يكونان في المستقبل لا في الحال
فالاصح ان البيع ينعقد بالمضارع بنية الايجاب في الحال الانشائي وانما لا ينعقد بالمستقبل
والامر بخلاف النكاح ونحوه فانه ينعقد بالامر على ما مر في بابه وينعقد بالتعاطي اي
اعطاء المبيع والثمن من الجانبين بلا وجود لفظ منها واختلف فيما تم به البيع بالتعاطي
قيل انه يتم بالدفع من الجانبين وقيل يتم بتسليم المبيع بلا حاجة الى تسليم الثمن وهو المروي
عن محمد وهل يكون البيع تعاطيا فيما اذا تكلم احدهما دون الاخر كما لو قال بعت هذا منك
بدرهم فقبضه المشتري ولم يقل شيئا ففي غاية البيان نقلا عن الفتاوى الصغرى انه
يكون تعاطيا وقال نص على ذلك شيخ الاسلام خواهر زاده وقال في فتح القدير لو قال
كل هذا الطعام بدرهم فاكله تم البيع واكله حلال وكذا الركوب واللبس بعد قوله بع
اركبها بمائة والبسها بكذا وكذا اذا قال بعتك بالف فقبضه ولم يقل شيئا كان
قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط
ففي جعل مسئلة القبض بعد قوله بعتكه بكذا من صورة التعاطي كما فعله بعضهم
نظر انتهى فخص التعاطي بصورة اعطاء المبيع والثمن من الجانبين بلا كلام منهما لكنه قال
في الخلاصة نقلا عن الحلواني انه افتى ان التعاطي باحد الجانبين لا يكون بيعا ثم نقل
عن الفتاوى رجل جاء الى القصاب وقال له كم تعطي من هذا اللحم بدرهم فقال منوين
فقال له زن منوين فوزن القصاب ودفع الى الرجل واخذ الدرهم ولم يقل القصاب
بعت ولا قال المشتري اشتريت وتفرقا على ذلك فهو جائز وينعقد بذلك الوزن
ثم لو وزن اللحم يوما فوجده انقص يرجع عليه بقدر النقصان من الدراهم دون
اللحم ثم قال رجل دفع درهما الى قصاب واخذ اللحم بعد الوزن هل يحل للمشتري ان ياكله
قبل ان يزنه ثانيا لا يخلو اما ان اشترى القصاب اللحم بشرط الوزن او ذبح شاة ان
اشترى موازنة لا يحل للمشتري حتى يزنه ثانيا كما لا يجوز بيعه قبل ان يزنه ثانيا واذا ذبح
القصاب شاة يحل للمشتري بدون الوزن ثانيا والسلف يكون الموازين في البيوت

لهذا احتياطا ومن انواع بيع التعاطي الاستصناع قال في فتاوى الانقروي الاستصناع
جائز استحسانا وهو مواعدة عند بعضهم فاذا جاء وسلم يصير بيعا بالتعاطي والصحيح انه
عقد والصانع اذا قبض الثمن يملكه قبل العمل ثم للصانع ان لا يصنع وله ان يشتري المشروط
ويسلم والمستصنع لا يجبر على اعطاء الثمن وان شرط التعجيل وللصانع ان قبل ان يراه
المستصنع لانه ملكه ولم يقع العقد عليه بعينه فان راه ورضي به لم يكن له بيعه ويبطل
الاستصناع بموت احدهما وما لا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع فيه انتهى نقلا عن شرح
القنية في النفيس اي ما يكثر قيمته كالعبد والاماء والفرس ونحوها والخسيس اي ما يقل
قيمته كالبقل والرمان واللحم والخبز ونحوها على ما في النهاية قال نصير سمعت ابا معاذ
قال رايت سفيان الثوري جاء الى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا واخذ رمانة
ولم يتكلم ومضى قال الفقيه وبهذا ناخذ بجواز البيع بالتعاطي وان لم يتعاقدا عقد البيع
الا في قول الخوارج هو الصحيح على ما نص عليه محمد احترز به عن قول الكرخي انه ينعقد في
الخسيس فقط لجريان العادة فيه دون النفيس ووجه الصحيح ان العبرة بالمعنى وهو
التراضي من الجانبين دون الصورة وقد وجد المعنى ههنا ثم شرع لبيان قوله وما دل
على معناها فقال ولو قال خذه بكذا فقال المشتري اخذت او رضيت صح البيع وكذا لو قال
المشتري اشتريت هذا منك بكذا فقال البائع خذه بذلك صح البيع لانه امر بالاخذ بالبدل
وهو لا يكون الا بالبيع فقدر البيع اقتضاء فكانه قال بعت بذلك فخذه فينعقد
البيع بهذا الاعتبار لا بلفظين احدهما امر فصار كل ما يؤدي معنى بعت واشتريت
سواء في انعقاد البيع به لان المعتبر في هذه العقود هو المعنى وقد وجد بخلاف
نحو شركة المفاوضة فانها تحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه اذا لم يبينا جميع ما يقتضيه
الشركة وكذا الطلاق والعتاق يحتاج الى اللفظ ومجرد المعنى غير معتبر على ما في فتح
القدير والكتاب والارسال كالخطاب حتى اذا كتب اما بعد فقد بعت عبدي
فلانا منك بكذا او قال لرسوله بعت هذا من فلان الغائب بالف فاذهب واخبره
بذلك فوصل الكتاب الى المكتوب اليه او اخبر الرسول المرسل فقال في مجلس
بلوغ الكتاب والرسالة اشتريت او قبلت تم البيع بينهما لان الكتاب من الغائب
كالخطاب من الحاضر لان النبي عم كان يبلغ تارة بالكتاب وتارة بالخطاب

وكذلك الرسول معبر وسفير فينقل كلامه اليه فاذا اتصل به الجواب ينعقد البيع ولو اخبره
غير الرسول بغير امره فقبل لا ينعقد البيع لانه ليس رسولا بل هو فضولي ولو قال بلغه
يا فلان فبلغه فقبل جاز كذا في فتح القدير ولو كتب المشتري بعينه بكذا فوصل الى
البايع فقال بعته لا يتم البيع ما لم يقل المشتري قبلت كذا قالوا فان قيل هذا مخالف
لما ذكر في المبسوط انه لو كتب اليه بعني بكذا فقال بعته يتم البيع فالجواب عنه على ما في
فتح القدير انه ليس مراد محمد هنا من هذا الكلام سوى الفرق بين النكاح والبيع في
اشتراط الشهود وعدم اشتراطها اي يتم بلا شهود لا بيان اللفظ الذي ينعقد به البيع
وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فيعني من الحاضر يكون اسما ما عادة لا شطر العقد
واما من الغائب بالكتاب فيراد به احد شطري العقد فلا يحتاج الى قبول هذا وهل يصح
رجوع الكاتب والمرسل عن الايجاب الذي كتبه وارسله قبل بلوغ الخبر وقبوله ففي شرح
الطحاوي اذا رجع عن ذلك قبل قبوله صح رجوعه سوا علم الرسول او لم يعلم حتى لو قبل
بعد ذلك لا يتم البيع لانه يملك الرجوع من شطر العقد قبل قبول صاحبه لعدم تمام العقد
بخلاف ما اذا وكل وكيلا بالبيع ثم عزله بغير محضر منه فانه لا يصح عزله بدون علمه
وفي العناية وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة اي تتم بقبول الاخر في ذلك
المجلس في حق المراة والعبد بالاجماع فان من قال خالعت امراتي فلانة الغائبة على الف
درهم فبلغها الخبر فاجازت او قبلت صح وكذا اذا قال اعتقت عبدي فلانا الغائب بالف
درهم فانه يتوقف على اجازة العبد واما في جانب العبد والمراة لا يتوقف اذا كان الزوج
والمولى غائبين كذا في غاية البيان وفتح القدير واذا اوجب احدهما البيع بان قال بعتك
هذا بكذا وقال المشتري اشتريت هذا منك بكذا فللاخر ان يقبل كل المبيع بكل الثمن في
المجلس او يتركه لانه لو لم يكن مختارا في الرد والقبول لكان مجبورا على احدهما وانتفى التراضي
فما فرضناه بيعا لم يكن بيعا لانتفاء شرط الصحة وكما كان الاخر مختارا في الرد والقبول
كان لاحدهما اي الموجب مختارا ايضا في الرجوع عن ايجابه وبقائه على ايجابه قبل قبول
الاخر لان ايجابه لما لم يكن مفيدا للحكم بدون قبول الاخر جاز له الرجوع عنه لخلوه
عن ابطال حق الغير فان قيل سلمنا ان ايجابه غير مفيد للحكم وهو الملك لكن حق الغير
لم ينحصر في ذلك فان حق التملك ثبت للمشتري بايجاب البايع اذا لم يكن مفيدا للحكم وهو

الملك

الملك كان الملك في الحقيقة للبايع وحق التملك للمشتري ان سلم ثبوته بايجاب البايع لا يمنع
الحقيقة لكونها اقوى من الحق لا محالة واعترض عليه بان المزكي اذا دفع زكوته الى
الساعي قبل الحول لا يقدر على الاسترداد لتعلق حق الفقير بالمدفوع مع ان حقيقة
الملك باق للمزكي قبل الحول واجيب عنه بانا لا نم ان حقيقة الملك باق للمزكي
بل هي قد زالت عن المزكي بالدفع فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو اقوى منه قد ذكرنا
قبيل باب العاشر من كتاب الزكوة ان الدفع الى الساعي قبل الحول هل يزيل ملكه
عن المدفوع ام لا يزيله وان الدفع الى الفقير يزيله مطلقا فارجع اليه قوله في
المجلس اشارة الى ان خيار القبول يمتد الى اخر المجلس وان طال وينقطع دونه
فلا يبطل الايجاب عقيب خلوه عن القبول لان في ابطاله عسرا بالمشتري وفي
امتداده فيما وراء المجلس عسرا بالبايع وفي التوقف على المجلس يسرا بهما والمجلس
جامع للمتفرقات فجعلت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر
بخلاف العتق والخلع المعلقين على مال بان قال ان اديت الي الف درهم فانت حر او طالق
لانهما لما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى وهو تعليق العتق والطلاق
على قبول العبد والمراة بالمال كان ذلك مانعا عن الرجوع في المجلس فيتقيد الايجاب
فيها الى ما وراء المجلس لا بعضا من البيع دون بعض اي بعض الثمن او كل المبيع ببعض
الثمن لان فيه تفريق الصفقة وكل من العاقدين لا يملك ذلك لما فيه من الضرر
لاحدهما لان المبيع ان كان شيئا واحدا لزم ضرر الشركة للمشتري او للبايع وان كان
متعددا فالعادة ضم الجيد الى الردي ونقص ثمن الجيد لترويج الردي فلو ثبت
خيار القبول في البعض لقبل المشتري العقد في الجيد وترك الردي فيزول الجيد
عن يد البايع باقل من ثمنه فيتضرر البايع بهذا واما المشتري فلانه اذا اوجب البيع
بان قال اشتريت هذه الاثواب فليس للبايع ان يقبل في بعضها لتضرر المشتري
بتفريق الصفقة عليه لانه قد يتعلق غرضه بالجميع ويعسر عليه تحصيله فلو لم يجز
اخذ البعض بالبعض فلان لا يجوز اخذ الكل بالبعض اولى فان قيل اذا رضي البايع
في المجلس بما قبله المشتري بقوله اشتريت هذا بكذا فهل يصح العقد قلنا يصح ويكون
ذلك من المشتري استيناف ايجاب ورضاء البايع قبولا فكان المشتري قال اولا اشتريت

هذا بكذا وقال البائع قبلته وهذا يصح مطلقا سواء كان للبعض الذي قبله المشتري
حصة معلومة من الثمن كما اذا بين ثمن كل على ما سيأتي ذكره وكما في القفيزين باعهما
بعشرة لان الثمن انما ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء فيكون حصة كل معلوما او لا يكون
كما اذا اضاف العقد الى عبدين او ثوبين ولم يذكر لكل منهما ثمنا اذ ليس فيه البيع بالحصة
ابتداء حتى لا يجوز على ما ظن بل كان هذا استيناف عقد جديد على طريق ان يكون
المشتري موجبا والبائع قابلا على ما ذكرناه وانما يكون البيع بالحصة ابتداء ان لو قال
المشتري اشتريت هذا بدون ذكر الثمن فيرضيه البائع لانه في معنى اشتريت هذا
العبد بحصته من الالف الموزع على قيمته وقيمة ذلك العبد الآخر وهو باطل لجهالة
الثمن وقت البيع الا اذا بين ثمن كل لانه تتفرق الصفقة فلا يتضرر احدهما وهذا
عندهما خلافا لابي ح لان بمجرد بيان الثمن لا تتعدد الصفقة عنده بل لا بد من تكرر
لفظ البيع ايضا بان قال بعت هذا بكذا وبعت ذاك بكذا واما عندهما فتتعدد الصفقة
بمجرد قوله بعتك هذين كل واحد بكذا او بعتك هذه العشرة كل واحد منها بكذا اعلم
ان الصفقة عبارة عن ضرب احد العاقدين يده على يد الآخر في البيع ثم جعلت عبارة
عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وثمن وبائع ومشتر وبيع وشراء وباتحاد
بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها فاذا اتحد
الجميع اتحدت الصفقة وكذا اذا اتحد الجميع سوى المبيع كقول البائع بعتهما بمائة فقال
قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور فيكون تعدده مع تعدد المبيع كان قال
بعتهما بمائة فقال قبلت احدهما بستين والآخر باربعين وذلك صفقة واحدة
ايضا واتحاد الجميع سوى البائع كان قال البايعان بعنا منك هذا بمائة فقال
قبلت توجب اتحاد الصفقة ايضا واتحاد الجميع سوى المشتري كان قال المشتريان
بعته منكما بمائة فقالا قبلنا كذلك توجب اتحاد الصفقة ايضا حتى لو قبل احدهما
دون الآخر لتفرقت الصفقة وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة وتفرق المبيع
والثمن ان كان بتكرير لفظ البيع فكذلك يوجب تفرق الصفقة مثل ان يقول بعتك
هذين العبدين بعتك هذا بالف وبعتك هذا بالف وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء
مثل ان يقول اشتريت منك هذين اشتريت هذا بالف واشتريت هذا بالف هذا كله

قياسا

قياسا واستحسانا واما تعدد البائع مع تعدد المبيع والثمن بلا تكرير لفظ البيع وكذا تفرق
المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء فيوجب التفرق قياسا لا استحسانا
وظاهر الهداية على القياس وقيل لا يوجب التفرق على قول ابي ح ويوجبه على قولهما يعني
ان قول ابي ح قياس وقولهما استحسان وان رجع الموجب عن ايجابه قبل قبول
الآخر سواء كان الموجب بايعا او مشتريا فان قيل هل له ان يرجع عن ايجابه قالوا
نعم لعدم المانع اذ ليس فيه ابطال حق الغير لان ايجابه لم يفد الملك للآخر بدون
القبول وحق التملك الثابت للمشتري لا يعارض الحقيقة لان الحقيقة اقوى من
الحق فلا يعتبر في مقابلتها ولان الرجوع عنه امتناع عن انعقاد العلة ودفع له لا
ابطال ورفع لها فيقدر عليه او قام احدهما اي من الموجب والقابل عن المجلس
هكذا وقع في الهداية وقال في معراج الدراية قيل قوله ع قام عن المجلس دليل على ان
الذهاب عنه شرط في بطلان الايجاب لان القيام عنه يتحقق بالذهاب اما
لو لم يذهب لا يقال قام عنه بل يقال قام فيه انتهى ويدل على اشتراط الذهاب
عنه ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح الجامع الصغير حيث قال اذا قام
البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح العقد وقال في فتح القدير واختلاف
المجلس باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه اما لو قام احدهما
ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشى جمع انه لا يصح القبول بعد ذلك والمذهب
قاضيخان حيث قال فان قام احدهما بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض فان قيل
الصريح اقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغي ان لا يثبت الاعراض قلنا الصريح
انما كان اقوى ويعمل اذا بقي الايجاب بعد قيامه وهنا لم يبق فان الاصل ان لا يبقى اللفظ
بعد انفراغ منه قبل القبول متعلق بكل من الفعلين بطل الايجاب اما في صورة الرجوع
فلان بقاء الفعل الاختياري انما يكون بارادة فاعله له والايجاب من الافعال
الاختيارية فلا بد لبقائه من الارادة فان قيل قد تقرر في محله ان بقاء الحكم
مستغن عن العلة قلنا نعم الا ان ذلك في الحكم بمعنى الاثر الحاصل لا في الفعل بمعنى
التأثير لان بقائه بتجدد الامثال فلا بد له من الارادة واما في القيام عن المجلس
فلانه لا بد من اتحاد المجلس والمجلس انما يتحدان لا يشتغل احدهما بعمل غير ما عقد له

لعد المجلس او بما هو دليل الاعراض عن العقد على ما صرح به في المعراج والمجتبى والقيام عن
المجلس اي الذهاب عنه دليل الاعراض فيترتب عليه حكمه ولهذا قالوا لو تبايعا وهما
يمشيان او يسيران معا على دابة او دابتين ان لم يفصلا بين كلاميهما بسكوت انعقد
البيع وان فصلا لم ينعقد لاختلاف المجلس وقال بعضهم ينعقد وان فصلا بسكوت ما
لم يتفرقا بالابدان والاول اصح على ما في الاختيار ولو تبايعا في سفينة تجري ففصلا
بين كلاميهما بسكتة فلا يمنع انعقاد البيع لانهما لا يملكان ايقافها فكانت بمنزلة البيت
فجريانها لم يضف اليهما فلا ينقطع مجلسهما بجريانها بخلاف الدابة لانهما يملكان ايقافها
فكانت بمنزلة البيت فجريانها لم يضف اليهما فلا ينقطع مجلسهما بجريانها بخلاف
الدابة لانهما يملكان ايقافها فيضاف سير الدابة اليهما كمن قرا اية سجدة مرارا
في سفينة واحدة تجاريه فانه لا يجب عليه الا سجدة واحدة ومن قراها يمشي
او يسير على دابة فانه يجب عليه سجدة على حدة لكل قراءة لاختلاف المجلس على
ما في الكفاية وهل يبطل المجلس بالقيام عنه لمصلحة ففي القنية لو قال المشتري
اشتريته بكذا فقام البايع لمصلحة له لا معرضا وقال بعت لا يصح انتهى وهذا لان
قيامه عنه دليل الاعراض وان قام لمصلحة والدلالة تعمل عمل الصريح ما لم يعارضها
الصريح قبل ان تعمل عملها ولو كان المشتري في صلوة الفريضة او النافلة فقال
البايع بعتك بكذا فاضاف اليها ركعة اخرى ثم قبل جاز ولو كان في يده قدح
ماء فشرب ثم قال قبلت جاز وكذا اللقمة لا يتبدل المجلس اما اذا اشتغل بالاكل
يتبدل كذا في الخلاصة واذا وجد الايجاب والقبول لزم البيع بلا خيار مجلس
لواحد منهما الا خيار عيب ورؤية لان الايجاب والقبول يفيدان حقيقة الملك
لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن
تراض منكم حيث اباح الاكل في المجلس بوجود التجارة عن تراض والبيع تجارة فدل
باطلاقه على نفي الخيار وصحة وقوع حقيقة الملك للمشتري والقول بالخيار
نسخ له فلا يجوز ولان الثابت قبل القبول هو مجرد حق التملك فلو لم يثبت بعده
حقيقة الملك لم يكن للقبول فائدة اصلا وذلك باطل فاذا ثبت له حقيقة الملك
فالفسخ بعد بخيار المجلس ابطال لحق الغير فلا يجوز وقال الشافعي لكل منهما خيار

المجلس

المجلس لقوله عم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا حملوا الخيار فيه على خيار المجلس والتفرق
على التفرق بالابدان لا الاقوال لعدم جواز قيام العرض بالعرض قلنا المراد بالخيار فيه
خيار القبول على ما روي عن ابراهيم النخعي لا خيار المجلس وذلك لان الاحوال ثلث قبل
كلامهما وبعد كلامهما وبعد كلام الموجب قبل كلام القابل ولفظ المتبايعان مجاز
في الاول والثاني باعتبار ما يكون وما كان وحقيقة في الثالث فيكون مرادا ويحتمل
ان يراد فيحمل عليه لئلا يلزم ابطال حق الغير واما التفرق فيجوز ان يراد به التفرق
بالابدان على ما رواه الاتقاني عن الطحاوي وان يراد به التفرق بالاقوال على ما روي
عن اكثر اصحابنا لان بعد حمل الخيار على خيار القبول يجوز حمل التفرق على كل من
التفرق بالابدان والتفرق بالاقوال بان يقول احدهما بعت والاخر لا اشتري وقوله
لزم قيام العرض بالعرض قلنا ان العقود الشرعية لها حكم الجواهر في البقاء ولو سلم
فاضافة التفريق والتفرق الى الغير الاعيان شايع سائغ في الشرع فينزل منزلة الحقيقة
ولو سلم فالتفرق عبارة عن عدم الاجتماع فلا يكون عرضا لان العرض قسم من الموجودات
الخارجية ولا خلاف في جواز قيام الامور العقلية والعدمية بالعرض كالحدوث
والامكان والمخلوقية فان قيل لا نسلم ان اسم الفاعل مجاز في الماضي كيف وقد صرح التفتازاني
في شرح التلخيص انه حقيقة في الماضي عند البعض ولو سلم انه مجاز فيه لكن العقود الشرعية
لها حكم الجواهر على ما اعترفتم فيكونان متبايعين حقيقة بعد وجود كلامهما اجيب بان
الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما شرعا لا حقيقة كلامهما لانه عرض لا يبقى زمانين والكلام
في حقيقة كلامهما فان قيل سلمنا هذا لكن لا نسلم ان اطلاق المتبايعين في الصورة
الثالثة حقيقة بل هو مجاز بالاول قلنا ان اسم الفاعل اذا كان مدلوله ذا اجزاء مترتبة
يكون اطلاقه حقيقة عند وجود اي جزء كان اذ وجود الجميع في زمان واحد متعذر
وبعد الوجود يكون ماضيا فبالضرورة اقتصر على وجود جزء واحد كالمصلي والصائم
فمعنى المتبايعين هو الفاعلان للبيع الشرعي لا لضد الشرعي لامتناعه عقلا ولا لها على
التوزيع لامتناعه لغة ووضعا ولما كانا محلا واحدا للبيع الشرعي كانا كشخص واحد
فما نسبة الاول لركن البيع ملابسة الثاني حكما ويصح البيع في العرض المشار اليه مبيعا
كان او ثمنا بلا معرفة قدره واحدا او اثنين ووصفه بخاري او سمرقندي لان الاشارة

لكونها ابلغ طرق التعريف كافية في حصول المعرفة المنافية للجهالة المفضية الى المنازعة
المانعة عن التسليم والتسلم اللذين من موجبات العقد فلا حاجة الى بيان القدر والوصف
بخلاف السلم فان معرفة قدر المسلم فيه وراس المال ووصفها واجبة فيه على ما سياتي
وبخلاف بيع الدرهم بالدرهم والدينار بالدينار والحنطة بالحنطة وغيرها من الربويات
فان الاشارة لا يكفي فيها بل لا بد من بيان المساوات لاحتمال الربوا واحتمال الربوا مانعة
كحقيقة الربوا انما قيدنا الوصف بالبخاري والسمرقندي لانه قال في الهداية والاعواض
المشار اليه لا يحتاج الى معرفة مقدارها وقال ابن الهمام في شرحه والتقييد بمقدارها
في قوله لا يحتاج الى معرفة مقدارها احترازا عن الصفة فانه لو اراه دراهم وقال
اشتريت بهذه فوجدها زيوفا او نبهرجة كان له ان يرجع بالجياد لان الاشارة
الى الدراهم كالتنصيص عليها وينصرف الى الجياد ولو وجدها ستوقة او رصاصا
فسد البيع وعليه القيمة ان كان اتلفها ولو قال اشتريت بهذه الصرة من الدراهم
فوجد البايع ما فيها بخلاف نقد البلد فله ان يرجع بنقد البلد لان مطلق الدراهم في
البيع ينصرف الى نقد البلد وان وجدها نقد البلد جاز ولا خيار للبايع بخلاف ما لو قال
اشتريت بما في هذه الخابية ثم راى الدراهم فيها كان له الخيار وان كان نقد البلد لان
العبرة بمعرفة مقدار ما فيها من خارجها وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج وكان
له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الروية لان خيار الروية لا يثبت في
النقود فعلم انه لا بد في صحة البيع من معرفة وصفه الذي يخرجها لتة بالبيع كذا في
فتح القدير ويصح البيع ايضا بثمن اختلفوا في تعريفي المبيع والثمن فقال الكرخي المبيع ما
يتعين في العقد والثمن ما لم يتعين وكل منهما منقوض اما تعريف المبيع فلانه غير صادق
للنقدين في الصرف مع انهما مبيعان من وجه واما تعريف الثمن فلانه منقوض بالمقدرات
اذا بيعت بغير النقدين عينا فانها اثمان من وجه مع تعينها وقال ابو الفضل الكرماني
في الايضاح الثمن ما كان في الذمة وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة
وليس بثمن وقيل المبيع ما يحله العقد من الاعيان ابتداء واحترز بقوله ابتداء عن
المستاجر فانه انما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على ما ذكر في الاجارة وعن
الثمن ايضا فانه انما يحله العقد بواسطة المبيع والثمن ما يقابله وهذا منقوض بالنقدين

في

في الصرف لما مر وبدل المقايضة اذا اعتبر ثمنا وبالمسلم فيه وقال بعض الافاضل الثمن
ما كان وسيلة في العقد والمبيع ما كان مقصودا فيه وبدلا الصرف ان كانا نقدين
فكل منهما وسيلة من حيث انه لا يراد به الانتفاع بعينه ومقصود من حيث انه لا يقصد
في هذا العقد غيره ما ينتفع بالعين وان كان احد البدلين نقدا دون الاخر فالمقصود
من البيع ليس الا الاخر والنقد وسيلة وبدلا المقايضة ان كانا معينين فكل منهما مقصود
للاخر ووسيلة لصاحبه بجاز الاعتبارات وان كان احدهما غير معين فهو غير مقصود
لتشخصه بخلاف الاخر المعين فتعين المقصودية للمعين بخلاف المسلم اليه اذا كان
راس المال نقدا فانه متعين للمقصودية لكون راس المال وسيلة واما اذا كان راس المال
ثوبا او عبدا او نحوهما فهو مبيع والمؤجل ثمن واسباب المقصودية الانتفاع بالعين
والتعين وعدم ما ينتفع بعينه في العقد وكون ما يقابله نقدا او متعينا للثمنية
واسباب الوسيلة عدم الانتفاع بالعين وعدم التعين وعدم ما لا ينتفع بعينه
في العقد وكون ما يقابله ما ينتفع بعينه فما اجتمع فيه سببها فالعبرة للاكثر وان تساويا
يجتمع فيه المبيعية والثمنية فيكون مترددا والا فالمحض ودخول الباء فرع الثمنية
اذ هي موضوعة للوسائل وفي بدل المقايضة المعينين يجوز دخولها لكل واحد وفيما
عداها يجب دخوله لما اعتبر ثمنا بحسب الوضع وان دخل على غيره فان وجد علاقة
معتبرة وقرينة صارفة فمجاز والا فغلط ولا دخل له في تعيين الثمنية والا يلزم الدور
هذا ما افاده بعض الافاضل من اصحابنا واما ما تلخص من كلامهم هاهنا فهو ان كلا من
المبيع والثمن ينقسم الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال
الا الثياب الموصوفة التي وقعت في الذمة الى اجل معلوم بدلا عن عين فانها اثمان
وليس اشتراط الاجل لكونه ثمنا بل ليصير ملحقا بالسلم في كونها دينا في الذمة والثمن
المحض هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير فانها لا تتعين في المعاوضات عندنا
ولو عينت لان قضية العقد في جانب المبيع ثبوت الملك في العين فكان الوجود شرطا
للعقد وقضيته في جانب الثمن وجوب الثمن في الذمة لانه لا وجود له الا بوجوبه
ووجوبه بالعقد فكان الوجود حكما للعقد من هذا الوجه فلو تعينت تتغير قضية
العقد فيصير الحكم شرطا وذلك لا يجوز والمتردد بينهما كالمكيلات والموزونات

والمعدودات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع باعيانها اثمان نظرا الى انها اثمان
مثلية كالنقدين فان قابلها النقدان فهي مبيعة لتعين النقدين بالثمنية وان قابلها
عين فان كانت المكيلات والموزونات معينة فهي مبيعة واثمان لان البيع لابد له
منها وليس احدها اولى بان يجعل مبيعا من الاخر فجعل كل واحد منها مبيعا وثمنا وان كانت
غير معينة فان دخلت فيها الباء نحو ان يقول اشتريت هذا العبد بكر حنطة ووصفها
كانت ثمنا وان دخلت في غيرها نحو ان يقول اشتريت الكر بهذا العبد كانت مبيعا
ولا يصح الا سلما بشروطه هذا ملخص كلامهم والذي ظهر منه ان الباء له دخل في
تعيين الثمنية فيرد عليهم لزوم الدور اللهم الا ان يقال ان مرادهم ان الباء له دخل في
التمييز بين المبيع والثمن بحسب اللفظ لا بحسب الحقيقة ولهذا قال في العناية وبيع غير
النقدين بالنقدين يشمل المبيع المحض والثمن المحض وما عدا ذلك متردد بين كونه مبيعا
وثمنا والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في
شهادات الجامع ان المكيل والموزون اذا لم يكن معينا فهو ثمن دخل عليه الباء او لم يدخل
يعني لا حاجة اليه في التمييز بحسب الحقيقة فان قيل انه صرح في الفصولين والعمادي
وغيرهما نقلا عن الكرخي ان الدراهم والدنانير يتعينان في العقد غير السلم مستدلا
بقول محمد في الجامع انه لو قال ان بعت عبدي بهذا الكر وهذه الالف فهي صدقة
فباعه بها يتصدق بالكر لا بالالف قال الكرخي لو لم يتعين الدراهم في العقد لما وجب
التصدق بشيء اذ الموجود بعض الشرط وهو الكر والجزاء لا يلزم بوجود بعض الشرط
كقوله ان بعته بهذين فباعه باحدهما اجيب عنه بان الشرط هو الاشارة الى البا في
العقد والشرط اعلام فيعتبر بقدر المنصوص عليه والمنصوص هو الاشارة لا غير
فاما التعيين في العقد فانه شيء زائد على الشرط حال ومؤجل لاطلاق قوله تعالى
واحل الله البيع وحرم الربوا ولما روي ان النبي عم اشترى من يهودي طعاما الى اجل
ورهنه درعه معلوم لما في الصحيح عن ابن عباس مرفوعا من اسلف فليسلف في كيل
معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم ولان الجهالة في الاجل يفضي الى المنازعة المانعة
من التسليم والتسلم لان احدهما يطالبه في مدة والاخر يؤخرها الى بعيدها فان قيل
نص البيع المذكور مطلق واشتراط معلومية الاجل بخبر واحد او بدليل عقلي تقييد له

فلا يجوز

فلا يجوز لانه نسخ قلنا اطلاق النص انما هو بالنظر الى نفس الاجل والمعتبر بالمعلومية
ليس نفس الاجل بل وقته والنص ليس بمطلق بالنظر الى وقت الاجل فيجوز تقييده
بخبر واحد او بالراي فالاولى ان يقول معلوم وقته وتحقيقه ان البيع عبارة عن
مبادلة مال بمال فكل من المبيع والثمن معتبر في حقيقته والاجل من صفات الثمن فيكون
من صفات البيع ايضا واما تعيين وقت الاجل فليس من صفات البيع بل هو من متعلقات
صفته فالبيع مطلق بالنسبة الى صفته فلا يجوز تقييده بخبر واحد واما بالنسبة
الى متعلق وصفه فليس بمطلق فيجوز تقييده بخبر واحد وبراي ولا يطالب المشتري
بالثمن قبل حلول الاجل لان التاجيل لترفيه المشتري بتاخير المطالبة عنه الى الاجل
فلا يطالبه قبله وكذا لا يطالبه بالكفيل قبل حلول الاجل كما في كفالة القنية حيث
قال الداين يطالب المديون بالكفيل قبل حلول الاجل ليس له ذلك في ظاهر الرواية
وفي رواية له ذلك ولو اشترى باجل سنة غير معينة فمنع البايع المبيع حتى
حتى مضت سنة ثم سلم المبيع فله اي للمشتري سنة اخرى عند ابي حنيفة وقالا لها
لان الاجل من وقت العقد يتم ولا اجل له غيرها فصار كما لو قال الى رمضان فمنعه
حتى دخل رمضان فان الثمن فيه حال وله ان التاجيل لترفيه المشتري بتاخير
المطالبة عنه ولا مطالبة قبل قبض المبيع فيعتبر الاجل منه بخلاف التاجيل الى
رمضان فانه معين وقد جاء ولو مات البايع بعد تسليم المبيع قبل حلول الاجل
لا يبطل الاجل ولو مات المشتري قبل الحلول حل الاجل لان ما تركه تعين لقضاء دينه
فلا فائدة للتاخير الى وقت الاجل ويجوز تاجيل كل دين سوى القرض لان تاجيله
باطل اي لا يلزم الاجل بالتاجيل كما يلزم في سائر الديون وهل يبطل الاجل
المعلوم بالابطال ففي البحر لو قال المديون برئت من الاجل او لا حاجة لي به لا يبطل
ولو قال تركته او ابطلته او جعلت المال حالا لا بطل الاجل قلت ولو قال بعد التاجيل
باجل معلوم اعطني مالك قبله ان قدرت لا يبطل به الاجل وبه افتيت واعلم ان
التاجيل ثلاثة اضرب تاجيل بايام او شهور او سنين معلومة وانه صحيح لو قبل
المطلوب وتاجيل الى اجل مجهول جهالة متقاربة كالحصاد والدياس والمهرجان
ونحوها فيصح التاجيل وان كان البيع به فاسدا وتاجيل مجهول جهالة فاحشة

فانه باطل كما سياتي في باب البيع الفاسد وان اطلق الثمن اي عن ذكر الصفة والبدل لا القدر
لان ذكره واجب لما تقدم من ان جهالة القدر في العوض غير المشار اليه يفضي الى المنازعة
كان قال اشتريت بعشرة دراهم ولم يقل بخاريا او سمرقنديا او بلديا فان استوت
مالية النقود في البلد اي قيمتها ورواجها صح البيع وان اختلف الاسم كالمصري والدمشقي
وكالاحادي اي ما يكون الواحد منه درهما والثنائي اي ما يكون الاثنان منه درهما و
الثلاثي اي ما يكون الثلاثة منه درهما فان الاختلاف في هذه الاسماء لا يؤدي الى
النزاع فيصح البيع وجملة هذه المسئلة الى قوله ويصح في الطعام انه اذا كان في البلد
نقود مختلفة فاما ان يكون الاختلاف في المالية والرواج معا او في المالية دون
الرواج او في الرواج دون المالية او لا يكون في شيء منها بل في مجرد الاسم وقوله
فان استوت مالية النقود ورواجها صح اشارة الى القسم الرابع وسياتي
الاشارة الى كل من الثلاثة الباقية ولزم ما قدر من المقدار كعشرة مثلا من اي
نوع كان من الدراهم والدنانير اذ المطلق ينصرف الى المتعارف في البلد من اي
نوع كان من غير تقييد بنوع معين اذ لا منازعة فيه للاستواء في المالية والرواج
حتى لو باع عبدا بالف درهم فله ان يعطي الفا من الاحادي او الفين من الثنائي او ثلاثة
الاف من الثلاثي لو اطلق اسم الدراهم على كل منها اذ النقود لا يتعين في العقود علما
قال اصحابنا اعلم ان الدراهم والدنانير وكذا الفلوس النافقة لا تتعين عندنا
في عقود المعاوضات وان عينت وقال الشافعي انها تتعين والحجة عليه ما ذكرناه
اتفاقا في العادي والفضولي اذا ثبت عدم تعين النقود في العقود قال اصحابنا
اذا تصارفا دراهم بدنانير ولم يكن عندهما ذلك فاستقرضا واديا قبل ان تفرقا
جاز عند الثلاثة لعدم تعينها خلافا لزفر والشافعي وكذلك لو تصارفا بما وهما
عندهما فهلكت او استحقت فنقدا بعضا غيرها من جنس ما سميا جاز عند الثلاثة وكذلك
لو غصب من اخر الف درهم وغصب اخر من المغصوب منه مائة دينار ثم ان الغاصبين
تصارفا الدراهم بالدنانير وتقابضا واجاز المالكان ذلك عمل اجازتهما وصار
ما غصب كل واحد منهما دينا عليه وملك كل واحد منهما ما اشتراه مع ان الاصل ان
البيع لا ينعقد اذا كان الملك في البدلين لشخص واحد كما في شراء رب المال شيئا

من مال المضاربة بعد ما صار راس المال عروضا ولم يكن فيه ربح وانما جاز العقد
هنا في غصب الدراهم والدنانير مع هذا الاصل لان العقد لا ينعقد في هذه الصورة
على الدراهم والدنانير المغصوبة وانما ينعقد على مثلها دينا في الذمة فوقع البيع على
مالين لرجلين وهما العاقدان فيفسد الا ترى ان المغصوب منه لو لم يجز بيعهما واخذ
دراهمه ودنانيره ونقد كل واحد منهما ما باعه من مال نفسه وهما في مجلس بيعهما
بعد فانه يبقى العقد على الصحة وهذا دليل على انعقاد العقد ونفاذه على مثل تلك
الدراهم والدنانير المغصوبة دينا في الذمة الا ان كل واحد منهما قضى ما وجب في
ذمته بما غصب فاحتيج الى الاجازة فصار المغصوب منه مقرضا من كل واحد منهما
ما غصب منه حتى لا يملك استرداد النقود بخلاف ما اذا كان مكان الدراهم والدنانير
عبد وجارية وباقي المسئلة بحالها حيث كانت الاجازة باطلة لان هناك العقد
يتعلق بعين المغصوب لان ما عدا النقود تتعين في العقود فاذا كان الملك واحدا
لم ينعقد لعدم الفائدة حتى لو كان مكان الجارية مائة دينار وباقي المسئلة بحالها
جازت الاجازة لان العبد وان تعين في العقد فالدنانير لم تتعين وانما ينعقد بمثلها
دينا في الذمة فلم يقع العقد بمالين لواحد بل وقع بمالين لرجلين الا ترى ان مالك
العبد لو باعه على هذا الوجه ينعقد نافذا لانه باع عبده بدنانير في ذمة المشتري
فاذا باعه غيره ينعقد موقوفا على اجازته فاذا اجازه نفذ وصار العبد ملكا للمشتري
وهو غاصب الدنانير وعلى غاصب الدنانير مثل تلك الدنانير اذا علمت ان الدراهم والدنانير
لا تتعينان في المعاوضات فهل تتعينان في الوكالات فقالوا لا تتعينان قبل التسليم
الى الوكيل بالاتفاق لان الوكالة وسيلة الى الشراء فكما لا تتعينان في الشراء قبل
التسليم فكذا فيما هو وسيلة اليه واما بعد التسليم اليه فاختلفوا فيه قال بعضهم
تتعين حتى تبطل الوكالة بهلاكها لما مر انها وسيلة الى الشراء فتعتبر به ولان يد الوكيل يد
امانة والدراهم والدنانير تتعينان في الامانات وقال اكثر اصحابنا انها لا تتعين
وهل تتعينان في العقود الفاسدة للرد فيه روايتان في رواية ينقطع حق المشتري
في استرداد عينها لان البيع الفاسد مبادلة من كل وجه والفاسد من المبادلات ملحق
بالجائز فيما سوى الحل من الاحكام وفي البيع الجائز متى وجب رد الثمن بحكم الانفساخ

للعقد لا يجب رد عين المقبوض وكذا في الفاسد وفي رواية لا ينقطع حق المشتري
في استرداد عينه وعلى البائع رد عينه ما دام قائما لانه مقبوض بسبب فاسد والقبض
بسبب فاسد معصية والاصل في المعاصي ردها من كل وجه وانما يتحقق الرد من
كل وجه برد العين وذكر الامام رشيد الدين ان الدراهم والدنانير تتعينان في
البيع الفاسد من الاصل ولا تتعينان فيما ينتقض بعد الصحة وصورة الاول اذا باع
عبدا وقبض الثمن وظهر انه حر فيتعين للرد لان لهذا القبض حكم الغصب وصورة
الثاني اذا باع عبدا وهلك قبل التسليم فالثمن المقبوض لا يتعين في اصح الروايتين
وفي رواية يتعين وفي تعينهما في فساد الصرف لعدم القبض روايتان وفي
العمادي والصحيح انهما تتعينان وهل تتعينان في استيفاء شيء من الدين المشترك
وفي العمادي تتعينان حتى اذا كان لرجلين على رجل الف درهم وهما فيها شريكان
فقضى الغريم نصيب احدهما فالقابض يؤمر برد نصف المقبوض على شريكه
سواء كان المقبوض مثل حقهما او اجود او ادنى وتتعينان في التبرعات كالهبة
والصدقة وان اختلفت النقود رواجا سواء اختلفت في المالية ايضا او استوت
فان البيع في الصورتين جائز واما الثمن فمن الاروج في البلد تحريا للجواز لان امور
المسلمين محمولة على الصحة ما امكن وان استوى رواجها لا ماليتها كالذهب المصري
والمغربي فسد البيع للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم ما لم يبين
الثمن من اي نوع كان لقطع المنازعة ويصح البيع في الطعام وهو الحنطة ودقيقها
على ما عليه العرف وفي كل مكيل كالعدس والحمص ونحوهما وفي موزون كالسمن
ونحوه كيلا ووزنا سواء كان بجنسه او بخلاف جنسه لعدم احتمال الربوا وكذا
جزافا اي بلا كيل ولا وزن بل اراءة الصبرة ان بيع بغير جنسه لقوله عم اذا اختلف
النوعان فبيعوا كيف شئتم كان بعت هذه الصبرة من الحنطة بتلك الصبرة من
الشعير ولعدم احتمال الربوا بخلاف ما اذا بيع بجنسه مجازفة فانه لا يصح في المكيل
والموزون لاول هذا الحديث وهو الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر
والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد سواء بسواء رواه الستة
الا البخاري ولاحتمال الربوا بخلاف ما لا يدخل تحت الكيل والوزن فانه يصح مجازفة

مطلقا

مطلقا بجنسه وبخلاف جنسه ويصح ايضا باناء او حجر معين لا يدري قدره لان
الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لان التسليم فيه بتعجيل فيندر هلاكهما قبل التسليم
فيصح بخلاف السلم فانه لا يجوز بهما لان التسليم فيه متاخر والهلاك فيه ليس بنادر
قبله فيفضي الى المنازعة فان قيل لا نم ان عدم الجهالة المفضية الى المنازعة يستلزم
انتفاء البطلان لجواز ان يكون باطلا من جهة اخرى كما اذا باع احد العبيد الاربعة على
ان المشتري بالخيار ثلثة ايام ياخذ ايهم شاء ويرد الباقين او اشترى باي ثمن شاء
فان هذا البيع باطل مع ان الجهالة فيه غير مفضية الى المنازعة قلنا كلامنا ان لا مبطل
فيه لغير الجهالة واذا لم تكن الجهالة مفضية الى المنازعة يكون العقد سالما عن البطلان
بالكلية فيصح بخلاف المستشهد به فان فيه مبطلا غير الجهالة وهو عدم المعقود عليه
في الاول لكونه غير معين وعدم الثمن في الثاني هذا وعن ابي يوسف ان ما نحن فيه انما يصح
فيما اذا كان المكيال مما لا ينكبس بالكبس كالقصعة ونحوها اما اذا كان مما ينكبس
كالزنبيل والجوالق فانه لا يجوز الا في قرب الماء فانه يجوز فيه استحسانا للتعامل
فيه وكذا لا يجوز اذا كان الحجر مما يتفتت وينقص وروى الحسن عن ابي ح لا يصح
مطلقا كالسلم لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة او بذكر
القدر ففي المجازفة المعقود عليه هو ما يشار اليه ولا معتبر بالمعيار وفي غيرها
المعقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منها فان الفرض عدم المجازفة والمكيال
اذا لم يكن معلوما لم يسم شيء من القدر والاصح انه يصح على ما في الهداية فان المعيار
المعين لم يتقاعد عن المجازفة وفي فتح القدير نقلا عن جمع التفاريق عن محمد جواز
الشراء بوزن هذا الحجر وفيه الخيار وينبغي ان يكون هذا محل الروايتين عن ابي ح
فقوله لا يصح اي لا يلزم ومن باع صبرة كل صاع او صاعين او اصوع بدرهم او درهمين
او دراهم صح البيع في صاع او صاعين او اصوع بدرهم او درهمين او دراهم المسماة
فقط اي لا الباقي من المسمى هذا عند ابي ح وقالا صح في الكل له ان كلمة كل متى اضيف
الى ما لا يعلم منتهاه يتناول الاقل من القدر المسمى لتيقنه لا الكل لتعذره لجهالة
المبيع والثمن جهالة تفضي الى المنازعة لان البائع يطلب تسليم الثمن والثمن غير معلوم
فيقع النزاع وهذا كما لو قال لفلان علي كل درهم يلزمه درهم واحد لتيقنه ولتعذر

الصرف الى الكل يصرف الى الاقل لتيقنه الا ان ترفع الجهالة في المجلس بتسمية جملة
القفيزان او بالكيل في المجلس على ما سياتي فيجوز في الكل لان ساعات المجلس
بمنزلة ساعة واحدة لانه جامع المتفرقات فصار العلم في المجلس كالعلم حالة العقد
فان قيل سلمنا انعقاده فاسدا لكنه ينقلب باحد هذين الامرين جائزا ولم يعد
المجلس فلم قيد تم بالمجلس الا ترى ان البيع اذا كان فاسدا بحكم اجل مجهول او شرط
الخيار اربعة ايام ثم اسقط الاجل والشرط بعد المجلس ينقلب صحيحا بلا تقييد بالمجلس
لزوال المفسد قيل تقرره اجيب بان الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب
كما نحن فيه فتقيد بالمجلس بخلاف ما ذكرتم فان الفساد فيه ليس في صلب العقد
بل لامر عارض فلا يتقيد بالمجلس لضعفه بظهور اثره في اليوم الرابع وبامتداد
الاجل ولهما ان حكم كلمة كل كذلك فيما لا يكون منتهاه معلوما بالاشارة واما فيما يعلم
جملة بالاشارة فالعقد يتناول الكل كما لو كان معلوما الجنس بالتسمية او بالكيل
لان الاشارة ابلغ في التعريف وههنا الجملة معلومة بالاشارة فيجوز العقد في الكل
ولا جهالة في ثمن كل واحد والجهالة التي في جملة الثمن لا تفضي الى النزاع والجواب عنه
انهما ان ارادا انه لا يفضي الى النزاع قبل حصول العلم بالكيل في المجلس او بالتسمية
بها فممنوع وان بعد حصول العلم بها باحد هذين الامرين فمسلم لكنه لا يفيد لانه يرجع
الى الاتفاق للشارح اليه بقوله الا ان يسمي جملتها بان قال بعتك هذه الصبرة مائة
صاع بمائة درهم سواء فصلها بان قال كل صاع بدرهم او لم يفصلها فان البيع في
الصورتين صحيح بالاتفاق وكذا يصح بالاتفاق اذا كان الجميع في المجلس لارتفاع
الجهالة بالكيل كالتسمية على ما ذكرناه وفي غاية البيان انه اذا سمى جملة الثمن
ولم يسم جملة الصبرة مثل ما اذا قال بعتك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم
فقال الطحاوي في مختصره وقع البيع على جميعها في قولهم جميعا كل قفيز منها بدرهم
وهو صحيح لانه جعل تسمية جميع الثمن كتسمية المبيع ومحمد لم يذكره في كتبه وللمشتري
الفسخ بالخيار اي اذا جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة وتوقف في الباقي الى التسمية
الكل في المجلس او كيله فيه كان للمشتري خيار الفسخ وان وصلية كيل او سمي جملتها
في المجلس متعلق بكل من الفعلين بعد ذلك اي بعد ان باع كل صاع منها بدرهم اما

في

في صورة عدم الكيل والتسمية في المجلس فلتفرق الصفقة عليه بخلاف البائع فان
الصفقة وان تفرقت عليه ايضا لكن التفريق لما جاء من قبله لامتناعه عن الكيل
والتسمية منع عن الخيار وبخلاف ما اذا باع الرجلان عبدا مشتركا بينهما بالف
ثم اشترى احدهما الكل بخمسمائة قبل نقد الثمن فانه يجوز في نصيب الشريك لا في نصيبه
ولا خيار له وذلك لان الصفقة لم تتفرق عليه ههنا لان الشراء لم يقع على الكل ابتداء
حتى يكون صرفه الى البعض تفريقا لها وانما وقع على نصيب شريكه لا غير لان في وقوعه
على نصيبه يلزم شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وذلك لا يجوز واما في صورة
الكيل والتسمية في المجلس فلانه علم ذلك الان فربما كان في حدسه او ظنه ان الصبرة
تاتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت وليس له من الثمن ما يقابله ولا يمكن اخذ الزائد مجانا
وفي تركه تفريق الصفقة او نقصت فيحتاج الى ان يشتري من مكان اخر وهل يوافق
اولا فثبت له الخيار ترفيها له فصار كشراء ما لم يره فان قيل ان على قول ابي حنيفة لما انصرف
البيع الى الاقل المتيقن بعلمه كان القياس ان لا يتخير المشتري في الفسخ كما لو اشترى
فنا مع مدبر فانه لا خيار له في القن لعلمه ان البيع ينصرف اليه والحاصل ان الخيار
يبتني على تفرق الصفقة وتفرقها انما يتحقق ان لو كان العقد واردا على الكل والمشتري
يقبل البعض وليس كذلك ههنا على قول ابي حنيفة على ما ترى اجيب عنه بان انصراف البيع
الى قفيز واحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم باحكام المسائل المجتهد فيها فيلزم تفريق
الصفقة على قولهما وان لم يلزم على قول ابي حنيفة ورد بان قولهما ان الكل مبيع فمن اين
يلزم التفريق فالاولى في الجواب ان يقال ان قياس قول ابي حنيفة تفريق الصفقة لان
الصيغة موضوعة للكثرة وقصد العاقدين ايضا الكثرة وفيه انه مانع شرعي عن الصرف
الى الجميع ولهذا لو علم المقدار في المجلس ينصرف الى الكل والصرف الى الاقل باعتبار تعذر
الكل للجهالة صرف العقد الى بعض ما دل عليه اللفظ من المبيع وقصده العاقدان
وليس تفريق الصفقة الا ذلك قلت فيه نظر لان الجهالة مانع شرعي عن الصرف الى
الجميع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم لا يصح في شيء منها عند ابي حنيفة وقياس قوله في
المثليات المذكورة من الصبرة ان يصح ههنا ايضا في الواحد الا ان التفاوت بين
الشياه موجود وفي ذلك الجهالة تفضي الى النزاع بخلاف الصبرة لعدم التفاوت فيها

وكذا لا يصح عند ابح في شيء فيما لو باع ثوبا كل ذراع بدرهم او عدلا كل ثوب بدرهم
لما بينها من التفاوت المفضية الى المنازعة وكذا لا يصح عنده في شيء في كل معدود متفاوت
كالخشب والاواني وحمل بطيخ ورمان والرقيق والابل لما بينها من التفاوت المفضية
الى المنازعة بخلاف المعدودات المتقاربة كالجوز والبيض والموزونات فان الحكم
فيها عند ابح كما في الصبرة لعدم التفاوت وكذا لا يصح عنده في شيء اصلا فيما
لو باع صبرتين من جنسين مختلفين كصبرتي شعير وبر كل قفيز منها بدرهم لتفاوت
الصبرتين وفي رواية عنه انه يصح في القدر المسمى من الصبرتين من الجنسين كما
في صبرة من جنس واحد على ان يكون من كل واحد من الصبرتين نصف قفيز على
في المحيط فعلم منه انه لو كانت صبرة واحدة من جنسين يجوز في قفيز واحد على
النصف منها بطريق الاولى وكذا لا يصح عنده في شيء اصلا فيما لو باع غنما مختلفة
الاجناس كل واحد بكذا لما في الخلاصة والبزازية رجل اشترى الغنم كل واحد بكذا والعدد
معروف عندهم ان كان الغنم من جنس واحد نحو يجب ان يجوز في واحد عند
ابح كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وان كان الغنم اجناسا مختلفة لا يجوز البيع
اصلا عند ابح كبيع قطيع الغنم وعندهما يجوز في الكل كل واحد بما قال سواء كان الغنم
جنسا واحدا او اجناسا مختلفة وهكذا في فتاوى الصدر الشهيد وقال الفقيه
ابو الليث ان كان الغنم من جنس واحد يجوز في الكل عند الكل وان كان من جنسين
لا يجوز اصلا عند ابح ويجوز في الكل عندهما والفتوى على قولهما تيسيرا للامر على
المسلمين انتهى والظاهر منه ان الصبرة لو كانت من جنسين ان لا يجوز البيع اصلا عند
ابح تامل هذا كله اذا لم يسم جملة المبيع ولا جملة الثمن واما لو سماها او سمى احدها
بان قال بعت هذه القطعة من الغنم مائة شاة بمائة درهم كل شاة بدرهم او بعت
هذا الثوب مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم او هذا العدل مائة اثواب بمائة
درهم كل ثوب بدرهم او هذه الخشب مائة عدد بمائة درهم كل عدد بدرهم او قال
بعت هذه القطعة من الغنم او هذا الثوب او هذا العدل او هذه الخشب بمائة درهم
كل غنم او كل ذراع او كل ثوب او كل عدد درهم فيصح البيع بالاتفاق في هذه الصور
لحصول العلم بتمام المبيع والثمن في الصورة الاولى وبتمام الثمن في الصورة الثانية بدلالة

مطابقيه

مطابقية وكذا يصح بالاتفاق فيما اذا اقتصر على بيان عدد المبيع بان قال بعت هذه
القطعة من الغنم مائة شاة كل شاة بدرهم وهكذا لحصول العلم بتمام المبيع مطابقة
وبتمام الثمن التزاما كذا في فتح القدير وعندهما يصح في الكل اي في كل الغنم والثوب
والمعدود في جميع ذلك اي في الصبرة والصبرتين من جنسين وقطيع الغنم والثوب
والعدل منه والعددي المتفاوت سواء سمى جملتها او كلها وعددها وذرعها في المجلس
او لا هذا ولا ذاك لان هذه جهالة ازالتها في ايديهما بالتسمية او الكيل او الذرع او
العدد فلا يكون مانعا فصار كما اذا باع عبدا من عبدين او ثلاثة على ان المشتري بالخيار
فانه جائز اتفاقا اجيب عنه لابح بان القياس فيه الفساد ايضا الا انا جوزناه
استحسانا بدلالة النص فلا يتعدى الى غير محله حتى لم يجز بيع عبد من اربعة عبيد
فبقي على القياس كذا في العناية وان باع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم سوا
بين حصة كل قفيز او لم يبين اذ لا فرق بينهما هنا لعدم التفاوت في المسمى والعقد
تعلق بعين المسمى فوجدت اي عند الكيل قل او كثر اخذ المشتري الاقل بحصته من الثمن
لان الثمن ينقسم بالاجزاء على اجزاء المبيع المثلي مكيلا او موزونا قيده في البحر قوله الاقل
بحصته بما اذا لم يكن المبيع مشاهدا له فان كان مشاهدا انتفى الغرور ولذا قال في الخانية
اشترى سويقا على ان البايع لته بمن من السمن وتقابضا والمشتري ينظر اليه فظهر
انه لته بنصف من جاز البيع ولا خيار للمشتري لان هذا مما يعرف بالعيان فاذا عاينه
انتفى الغرور وهو كما لو اشترى صابونا على انه متخذ من كذا جرة من الدهن فظهر
انه متخذ من اقل من ذلك والمشتري ينظر الى الصابون وقت الشراء وكذا لو اشترى
قميصا على انه متخذ من عشرة اذرع وهو ينظر اليه فاذا هو من تسعة جاز البيع ولا
خيار للمشتري او فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود والزائد على
القدر المسمى وهو المائة هنا للبايع والمائة للمشتري بلا خيار له لان البيع وقع على
مقدار معين وقد وجد ذلك فلا يتناول غيره الا اذا كان وصفا والقدر الزائد
ليس بوصف بل هو اصل فلا يتناوله البيع فيكون للبايع فلا يجب تسليمه الا بصفقة
على حدة وكذا قبض المشتري فكان كل من العاقدين مخيرا فيها ان شاء باشرها
وان شاء تركها وفي بيع المذروع كالثوب والارض يأخذ الاقل من القدر المسمى

بكل الثمن المسمى للعقد والمسمى او يفسخ العقد اعلم ان المشتري ان كان مذروعا كان اشترى
ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم او ارضا على انها مائة ذراع بمائة درهم فوجد
المبيع اقل خير المشتري بين اخذ الموجود بجميع الثمن المسمى وبين تركه بفسخ البيع وان وجده
زائدا على المسمى كان الكل للمشتري بلا خيار للبايع هذا اذا لم يسم لكل ذراع قسطا من الثمن
وان سماه فالمشتري اخذ الاقل بحصته والاكثر بحصته وله الخيار في الوجهين فهذه
ثلثة فصول اما الاول وهو كون المبيع اقل فلان الذرع وصف في الثوب المبيع والارض
المبيعة وكل ما هو وصف في المبيع لا يقابله شيء من الثمن فالذرع في الثوب والارض
لا يقابله شيء من الثمن اما انه وصف فلانه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض
واما ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فلانها تابعة للموصوف والثمن في مقابلة
المعقود المبتوع قصدا كاطراف الحيوان فان من اشترى جارية فاعورت في يد
البايع قبل التسليم الى المشتري لا ينقص من الثمن بشيء بل هو مخير بين اخذها بكل الثمن
وتركها لفوات الوصف المرغوب فيه فيخل بالرضاء كما اذا اشترى عبدا على انه كاتب
فوجده غير كاتب فانه يخير بين الاخذ بكل الثمن وبين تركه واذا كان الذرع وصفا
لا يقابله شيء من الثمن يأخذ المشتري الموجود الاقل بكل الثمن بخلاف المكيل لان القدر
فيه ليس بوصف فيقابله الثمن فيأخذ الاقل منه بحصته من الثمن فان قيل لا نم ان
الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فان المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع المشتري بنقصانه
كمن اشترى عبدا فاعتقه او مات ثم اطلع على نقصان اصبع فانه يرجع على بايعه
بالنقصان وكمال الاصابع وصف فيه اجيب بان الوصف نوعان وصف محض
ووصف مقصود بالتناول حقيقة كما اذا قطع البايع يد العبد المبيع قبل التسليم
او حكما كما اذا امتنع الرد لحق البايع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري او لحق الشارع كما
اذا كان المبيع ثوبا فخاطه المشتري ثم اطلع على عيب قديم فان المشتري يرده والبايع
يقبله الا ان الشرع يمنعه عن الفسخ والرد لاحتمال الرد بزيادة الخياطة والنوع الثاني
مطلق يأخذ شبها بالاصل فيأخذ قسطا من الثمن بخلاف النوع الاول وكلامنا
فيه واما الفصل الثاني وهو كون المبيع اكثر من المسمى فاشار اليه بقوله والزائد على
القدر المسمى له اي للمشتري قضاء لا ديانة على ما في قاضيخان بلا خيار للبايع لانه

وصف

وصف تابع للمبيع لا يقابله شيء من الثمن فيدخل في المبيع فيأخذه المشتري قضاء كما
اذا باع عبدا على انه اعمى فاذا هو بصير فان قيل ما الفرق بين المذروعات والمكيلات
حتى جعل الذراع الزائد في الاول وصفا والكثير الزائد في الثاني اصلا مع انه
يقال شيء عريض طويل وشيء قليل وكثير فالجواب انه مبني على معرفة اصطلاحهم
في الاصل والوصف فقال بعضهم ما يتعيب بالتبعيض فالزيادة والنقصان
فيه وصف وما ليس كذلك فهما فيه اصل وقال بعضهم ما لوجوده تاثير في تقوم
غيره ولعدمه تاثير في نقصان غيره فهو وصف وما ليس كذلك فهو اصل
وما لهما واحد فالمذروع يتعيب وينقص قيمته بالتبعيض والمكيل لا يتعيب فان
عشرة اذرع من الثوب اذا انتقص واحد منها فالباقي لا يشترى بالثمن الذي
كان مع ذلك الواحد بخلاف عشرة اصوع اذا انتقص منها صاع فان التسعة
يشترى بالثمن الذي يخصها من العشرة فظهر ان القلة والكثرة من حيث الكيل
او الوزن اصل ومن حيث الذرع وصف واما الفصل الثالث فاشار اليه بقوله
وان سمى لكل ذراع قسطا بان قال بعتك هذا الثوب مائة ذراع بمائة درهم
كل ذراع بدرهم فان وجدها اقل اخذ المشتري الاقل بحصته من الثمن لان الوصف
وان كان تابعا لكنه صار هنا اصلا لكونه مقصودا بالتناول بافراده بالذكر
فنزل كل ذراع منزلة ثوب فلو اخذها بجميع الثمن لم يكن اخذا كل ذراع والبايع
لم يبع الا بشرط ان يكون كل ذراع بدرهم بان قال بعتها على انها مائة ذراع مثلا
بمائة درهم كل ذراع بدرهم بخلاف المسئلة الاولى حيث لم يجعل فيها الذراع اصلا
وان ذكر فيها عشرة دراهم في مقابلة عشرة اذرع وذلك يقتضي لكل ذراع قسطا
من الثمن بناء على ان مقابلة الجمع بالجمع يقتضي انقسام الاحاد على الاحاد وذلك
لان الذراع اصل من حيث انه من اجزاء العين المبيع كالقفيز ووصف من حيث
ان الباقي ينتقص بفواته فلو جعلنا عشرة اذرع منقسما على عشرة دراهم عند
ترك ذكر كل ذراع لزم الغاء جهة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند
ترك ذكره وبالاصلية عند ذكره عملا بالشبهين وكذا الزائد اي اخذ بحصته
الثمن لما ذكرناه من انه صار اصلا مشروطا واخذه بالاقل لم يكن اخذا بالمشروط

فان قيل انه لما كان كل ذراع اصلا بمنزلة ثوب على حدة لزم فساد البيع سواء كان
اقل او اكثر كما لو كان العقد واردا على عشرة اثواب وقد وجدها اقل او اكثر على ما
سياتي وانه لو كان الذراع اصلا بذكر الثمن بافراده امتنع دخول الزيادة في العقد
كما اذا باع صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هي احد عشر فان الزيادة لا تدخل الا
بصفقة على حدة على ما تقدم قلنا عن الاول ان الاثواب مختلفة فيكون العشرة
المبيعة مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة والذرعان من ثوب واحد ليست كذلك
وعن الثاني ان الذرع الزائد لو لم يدخل كان بايعا بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا
بالدخول تحريا في الجواز والقفيز الزائد ليس كذلك وله اي للمشتري الخيار في الوجهين
اما في الاقل فلتفرق الصفقة عليه فان شاء اخذه بحصته وان شاء تركه فكان
مخيرا بين الاخذ بحصته وبين تركه واما في الزائد فلانه ان حصل له الزيادة
في الذراع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر له فكان في معنى خيار الروية
في دفع الضرر فان شاء اخذه بحصته وان شاء فسخ العقد فكان مخيرا بين الاخذ
بحصته وبين فسخه والفرق بين الترك والفسخ ان البيع في الصورة الاولى لم ينعقد
لان المبيع لما كان ناقصا لم يوجد المبيع فلم ينعقد البيع حقيقة وانما كان اخذ الاقل
الموجود بالاقل بيعا جديدا وبالتعاطي وفي الصورة الثانية انعقد لان البيع
وجد مع زيادة فيكون تركه فسخا بخلاف الصورة الاولى وصح بيع عشرة اسهم
من مائة سهم من دار او حمام اي ما ينقسم وما لا ينقسم هذا بالاتفاق لا بيع عشرة
اذرع من مائة ذراع منها اي من الدار وكذا من الرحى ومن الحمام هذا عند ابح وكذا
لا يجوز عنده بيع عشرة اذرع من هذه الدار على ما سياتي وجهها وعندهما يصح
فيهما وهو رواية عن ابح لان عشرة اذرع من مائة ذراع كعشرة اسهم من مائة اسهم
في كونها عشر المائة لكن هذا فيما اذا كان الدار مائة ذراع لا اقل او اكثر على ما في غاية
البيان لان العشرة انما تكون عشر المائة لا اقل او اكثر لكن قال في بعض الحواشي
اذا كانت الدار الف ذراع فاللازم عشرة اذرع من كل مائة منها ولابح ان الذراع
حقيقة في الآلة التي تذرع بها وارادتها هنا متعذرة فيصير مجازا فيما يحله من
المذروعات وما يحله لا يكون الا معينا متشخصا لكونه فعلا حسيا يقتضي محلا

حسيا والمشاع ليس كذلك لانه ليس بمعين فلا يستعمل فيه الذراع ولو مجازا لعدم
كونه معلوما الا ان العشرة الاذرع اذا لم يعلم من اي جانب من الدار تكون مجهولا جهالة
تفضي الى المنازعة فلا يجوز بخلاف السهم لانه امر عقلي لا يقتضي محلا حسيا فيجوز في
الشايع لان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة فان صاحب عشرة اسهم يكون شريكا لصاحب
تسعين سهما في جميع الدار على قدر نصيبهما منها وليس لصاحب الكثير ان يدفع صاحب
القليل من جميع الدار في قدر نصيبه من اي موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم
جملة الذرعان كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من مائة ذراع وبين ما لم يعلم
كما اذا قال عشرة اذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء
الجهالة المانعة من الجواز خلافا لما يقوله الخصاف ان الفساد عنده انما هو عند
جهالة الذرعان واما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز عنده وجعل هذه المسئلة نظير
ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جملة الشياه معلوما فانه يجوز عنده
ولو باع عدلا على انه عشرة اثواب بعشرة دراهم مثلا فاذا هو اقل او اكثر فسد البيع
لجهالة الثمن في الاول والمبيع في الثاني اما الاول فلانه اذا قل وجب سقوط حصة
الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لانه لا يدري انه كان ثوبا جيدا او رديا او وسطا
فلا يدري قيمته بيقين حتى يسقط فكانت جهالة توجب جهالة الباقي من الثمن واما
الثاني فلان الزائد لم يدخل تحت العقد فيجب رده والاثواب مختلفة فكان المبيع
مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة وكذا لو اشترى غنما على انها عشرة فوجدها اقل
او اكثر على ما في الجوهرة وكذا لو اشترى ارضا على ان نخلها مثمر فوجدها نخلة لا تثمر
فسد على ما في البحر ولو فصل الثمن بان يقول كل ثوب بدرهم فلو اي فسد البيع في
الاكثر لجهالة العشرة المبيعة جهالة مفضية الى المنازعة على ما ذكرناه ويصح في
الاقل بحصته لكون الثمن معلوما بالبيان وعن ابح انه لا يصح في الاقل ايضا لانه
جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة واحدة فكان قبول البيع في المعدوم شرطا
لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حر وعبد في صفقة وسمى لكل
واحد ثمنا فانه لا يجوز البيع عنده في الكل فكذا هذا وكما لو اشترى ثوبين على انهما
هرويان كل ثوب بعشرة فاذا احدهما هروي والاخر مروي فالبيع فاسد فيهما جميعا

عنده وعندهما يجوز في الهروي على ما صرح به في الجامع الصغير والاصح ما ذكره المصـ
من انه صحيح لانه لما كان الثمن معلوما قطعا لا يضر الباقي بخلاف مسئلة الجامع الصغير
لانه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي لان على الشرط وهو شرط فاسد
لان المروي غير مذكور في العقد فشرط قبوله ما لا يقتضيه العقد فكان فاسدا
بخلاف ما نحن فيه فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا قصد ايراد العقد على
المعدوم لعدم تصور ذلك فيه وانما قصد ايراده على الموجود فقط ولكنه غلط في
العدد ويخير المشتري ان شاء اخذه بحصته وان شاء تركه لانه تغير شرط عقده
عليه وكذا لو قال بعت هذه القطعة مائة غنم بمائة درهم كل غنم بدرهم فانه يجوز في
الاقل مع الخيار ويفسد في الاكثر قال في البزازية اشترى عدلا على انه كذا فوجده
ازيد والبايع غائب يعزل الزائد ويستعمل الباقي لانه ملكه وهذا يدل على صحة البيع
المذكور في الاكثر ايضا قالوا هذا استحسان والقياس فساده لجهالة المزيد ويؤيده
ما روي عن ابن سماعة عن محمد اشترى جرابا على ان فيه عشرين ثوبا فوجدها احدا
وعشرين وغاب البايع فاستحسن ان يعزل ثوبا من ذلك ويستعمل البقية كذا
في القنية وفيها ايضا لو اشترى شيئا فوجده ازيد يدفع الزيادة الى البايع والباقي
حلال له في المثليات وفي ذوات القيم لا يحل حتى يشتري منه الباقي الا اذا كانت
تلك الزيادة ما لا يجري فيه القنة في نعذر والظاهر منه عدم الحل عند غيبة البايع
ثم قال فيها بعلامة دفع هو عد الكواغد فظنها اربعة وعشرين ولم يخبر البايع به ثم
اضاف العقد الى عينها ولم يذكر العدد ثم ازدادت على ظنه فهي حلال للمشتري واذا باع
ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه المشتري بعشرة لو وجدها عشرة ونصفا
بلا خيار اي من البايع واخذه بتسعة لو وجدها تسعة ونصفا بالخيار اي من المشتري
هذا عند ابي ح وعند ابي يوسف يخير المشتري في اخذه باحد عشر في الاول اي فيما
وجدها عشرة ونصفا وبعشرة في الثاني اي فيما وجدها تسعة ونصفا وعند
محمد يخير المشتري في اخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف
لانه قابل كل ذراع بدرهم ومن ضرورة ذلك مقابلة نصف الذراع بنصف الدراهم
فيجري عليه حكم المقابلة وحكمها ان يجب في مقابلة كل جزء من الذراع مثله من الدرهم

فنصف الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وهكذا فيخير المشتري فيهما ولابي يوسف
انه بافراد البدل صار كل ذراع كثوب على حدة والثوب اذا بيع على انه كذا ذراعا فنقص
ذراع لا يسقط شيء من الثمن ولكن يثبت له الخيار فيهما لما تقدم من ان في النقصان
تفرق الصفقة وفي الزيادة ضرر زيادة الثمن ولابي ح انه قد ثبت ان الذراع وصف
في الاصل لا يقابله شيء من الثمن وانما اخذ حكم الاصل بالشرط والشرط مقيد
بالذراع ونصف الذراع ليس بذراع فكان الشرط معدوما او زال موجب كونه
اصلا فعاد الحكم الى الاصل وهو الوصف فلا يقابله شيء من الثمن فسلم له مجانا
ولهذا كان الخيار في جانب البايع في صورة زيادة النصف عنده لانه لما سلم
للمشتري مجانا لا معنى لتخيير المشتري في اخذه قضا وهذا بالنسبة اليه كمن اشترى
شيئا على انه معيب فوجده سليما فانه يأخذه بلا خيار وقيل هذا الخلاف فيما يتفاوت
جوانبه كالقميص والسراويل والاقبية اما في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه
لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون لعدم تضرره بالقطع
وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه بلا تعيين موضع كما في الحنطة اذا باع قفيزا
منها على ما في الهداية وفي الذخيرة الاصح قول ابي ح وقول محمد اعدل ولو اضاف
العقد الى العين لا الى العدد يجوز مطلقا على ما دل عليه ما ذكرناه من القنية من
مسئلة الكواغد ولو ساوموا الحنطة كل قفيز بثمن معين وحاسبوا فبلغ ستمائة
درهم فغلطوا وحاسبوا الحنطة المشتراة بخمسمائة درهم وباعوها منه بخمسمائة
ثم ظهر ان فيه غلطا لا يلزمه الا خمسمائة لاضافة العقد الى قدر معلوم بثمن معلوم
وبعده لا يضر الغلط في قدر المبيع او الثمن **فصل** بعض مسائل هذا الفصل مبنية
على الاستحسان واكثرها على قاعدتين احدهما ان كل ما يتناوله اسم المبيع عرفا
دخل في البيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار
كان تابعا في الدخول وما لا فلا والمراد باتصال القرار ما وضع للقرار في موضعه
لا لان ينفصله البشر في ثاني الحال كاتصال الاشجار المغروسة وما يتفرع على
الاصل الاول ما في الخلاصة والبزازية باع فرسا دخل فيه العذار لا السرج
ولو عليه الا بالنص وقيل يدخل لو عليه ولو باع حمارا موكفا يدخل الاكاف

والبردعة في البيع ولو كان غير موكف قيل لا يدخل الاكاف وقيل يدخل وهو المختار
عليها في الخلاصة ولو باع عبدا او جارية دخل في البيع ما عليهما من الثياب التي
تكون على مثل المبيع عادة وللبايع ان يأخذ هذه الثياب ويعطي غيرها ولو استحق
بشيء من الثياب لا يرجع بشيء من الثمن وفي الفتاوى الداخل تحت البيع ثياب مثل المبيع
ان شاء البايع اعطاها الذي عليه وان شاء اعطى غير ذلك لان الدخول بحكم العرف
والداخل بحكم العرف كسوة مثلها لا عينها يدخل البناء وكذا العلو والكنيف والمربط
والمفاتيح اي مفاتيح الاغلاق المتصلة بباب الدار لان الاغلاق اذا لم تكن متصلة
بباب الدار كالقفل لا يدخل في البيع لا هو ولا مفتاحه في بيع الدار احترز به
عن بيع المنزل او البيت فان العلو لا يدخل في بيعها على ما سياتي بيانه قيد دخول
البناء ببيع الدار وهل يدخل في القضاء بالدار وفي الشهادة بها ايضا قالوا
يدخل لكن انها يدخل تبعا على اختيار قاضيخان واصالة على اختيار المنتقى فانه ذكره
في فصل دعوى الدور من قاضيخان وقال رجل ادعى دارا في يد رجل فانكر
المدعى عليه فاقام المدعي شهودا انها له وقضى بها له ثم اقام المقضي عليه البينة ان
البناء له بناه هو ذكر في الاصل انه تقبل عليه بينة المدعى عليه لان البناء دخل
في القضاء والشهادة تبعا لا اصالة حتى لو كان شهود المدعي شهدوا بالدار والبناء
جميعا فقضى القاضي بها للمدعي ثم اقام المقضي عليه البينة بان البناء له بناه هو
لا تقبل بينته وذكر في المنتقى اذا ادعى دارا واقام البينة انها له فقضى القاضي له بالدار
ثم اقام المقضي عليه البينة ان البناء له بناه هو لا يقبل بينة المقضي عليه لان الشهادة
بالدار شهادة بالارض والبناء جميعا ولذا لو قال شهود المدعي بعد القضاء ليس
البناء للمدعي وانما شهدنا له بالدار دون البناء كانت شهادتهم بالدار شهادة
بالبناء ويضمنان قيمة البناء للمقضي عليه ولو شهدوا بالدار للمدعي ثم قالوا قبل
القضاء ليس البناء للمدعي قبلت شهادتهما ويقضى للمدعي بالساحة دون البناء
وينبغي للقاضي اذا شهدوا بالدار ان يسألهما عن البناء وان ماتا وغابا قبل
ان يسألهما يقضي بالدار والبناء انتهى ولو ذكر لما مر من الاصلين وذلك لان
اسم الدار يتناول العرصة والبناء والعلو عرفا فيدخل فيه بخلاف باب اليمين

حيث

حيث لا يدخل البناء في اسم الدار فيما لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدم
بناؤها فانه يحنث بالدخول بعد الانهدام ولو دخل البناء لما حنث وهذا لان البناء
وصف في الدار في عرف الايمان فيكون لغوا في الدار المعينة بالاشارة فكانه
حلف لا يدخل هذه التي تسمى الآن دارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها دارا
وقت الدخول فصار كما لو حلف على نفي الدخول في هذا المكان ولان البناء والعلو
والاغلاق المتصلة بالباب متصل بالعرصة والباب اتصال قرار فيدخل فيه
وكذا مفاتيح الاغلاق المتصلة لانها كالجزء منها لعدم الانتفاع بدونها فصارت
داخلة فيها استحسانا بخلاف القفل ومفتاحه لان القفل لعدم جريان الاصلين
المذكورين فيه كان خارجا عن البيع وكان مفتاحه ايضا خارجا لان دخوله
في الغلق المتصل بناء على الاستحسان لدخول الغلق فاذا لم يدخل الغلق بقي المفتاح
على القياس وهو عدم الدخول وفي الخلاصة باع حانوتا دخل الواح الحانوت
في العقد سواء باع الحانوت بمرافقها اولا وهو المختار وقيل الالواح والاقفال
للبايع والمفتاح للمشتري اذا باع دارا وفيها بئر وعليها بكرة وعلى البكرة دلو وحبل
ان باعها بمرافقها يدخلان في البيع وان لم يذكر المرافق لا يدخلان الدلو والحبل
اما البكرة فتدخل في الوجهين وظلة الحانوت يدخل ان ذكر المرافق والا فلا
وفي الجامع الصغير اشترى دارا وعلى بابها ظلة ان كان بابها خارج الدار لا تدخل
في البيع من غير ذكر بالاجماع وان كان بابها في الدار فكذلك عند ابي ح وعندهما
تدخل من غير ذكر لانها تعقد للانتفاع ولا يحصل الانتفاع الا بها وكذا سائر
ما لا ينتفع الا به بخلاف البيع لانه قد يكون لمجرد التجارة الاقرار والوصية كالبيع
في ان الشرب والطريق لا يدخلان الا بالذكر والرهن والصدقة الموقوفة كالاجارة
في انهما يدخلان من غير ذكر وفي هبة القنية يدخل في هبة الارض ما يدخل في
بيعها من الابنية والاشجار من غير ذكر وكذا في الصلح على ارض او عنها يدخل ولا يدخل
في الصلح من غير ذكر انتهى فعلم منه ان الهبة مثل البيع في الحكم المذكور والبستان
ان كان في الدار يدخل في بيعها صغيرا كان او كبيرا ولو كان خارج الدار ومفتحه
في الدار قال بعضهم ان كان صغيرا من الدار يدخل وان كان مثل الدار او اكبر منه

لا يدخل والرحى لا يدخل في بيع الدار لانها ليست من حقوق البيت والدار ولو كان في
الضيعة يدخل اذا ذكر بكل حق هو لها لانها من حقوقها والدالية كالرحى هذا اذا لم يكن
حجر الرحى مبنية في الدار كما في ديار مصر واما لو كانت مبنية فيها فيدخل بلا ذكر
والسلم من حجر او خشب يدخل ان كان متصلا بالبناء وكذا السرير والدرج المتصلة
بها وكير الحداد يدخل لا كير الصايغ ومقلاة السواقين التي يقلى فيها السويق لا يدخل
تحت البيع سواء كان من نحاس او حديد وان كانت في البناء لانها جعلت في البناء
للعمل فلم يكن من جملة البناء وكذا يدخل الشجر في بيع الارض لاتصالها اتصال قرار
كالبناء اطلقه فشمل المثمرة وغيرها والصغيرة والكبيرة الا اليابسة فانها على
شرف القلع فصارت كالحطب الموضوع وقيل لا يدخل غير المثمرة ايضا لانها
تقطع للحطب والبناء عليها ولا الصغيرة لانها تنقل عن مكانها فصار كالزرع والاول
اصح عليها في العناية وهذا في الارض التي كانت ملكا للبايع بخلاف الاراضي الاميرية
فان في تفويضها يدخل الاشجار النابتة بغير انبات وغرس لا الاشجار التي نبتت
بالغرس والانبات فان الاولى تابعة للارض فيدخل في تفويضها والنابتة
ملك الغارس فلا يدخل بلا ذكر كذا افتى به مشايخ الاسلام ولو باع ارضا فيها قطن
لا يدخل القطن واختلفوا في شجره قيل يدخل وقيل لا وهو الاصح على ما في الظهيرية
وكذا لا يدخل شجر الباذنجان الا بالشرط وفي الخلاصة الوصية كالبيع فانه
لا يدخل الثمر تحت الوصية في وصية الشجر ثم قلنا نقلا عن المحيط والاصل ان
ما كان لقطعه مدة معلومة كالثمر فلا يدخل في البيع وما ليس لقطعه مدة
معلومة يدخل كالشجر وبعض المشايخ فصل في الاشجار حيث قال ان كانت بحاله
تقلع بعروقها في كل ثلاث سنين تدخل في البيع وهي الشجرة الصغيرة التي
تباع في الربيع وان كانت تقطع من وجه الارض فاختلفوا فيه الصحيح انها تدخل
ايضا من غير ذكر مثمرة او لا صغيرة او كبيرة للحطب او لغيره ولو اطلق شراء شجرة
اي لم يعينها بان شراها للقطع او للقرار دخل مكانها عند محمد بمقدار غلظها
لعدم امكان قرارها بدون الارض لانها اسم للمستقر في الارض كما لو دخل
مكانها في الوصية والميراث وفيما لو اقر لفلان بشجرة وهو المختار اي للفتوى على

ما في الخلاصة نقلا عن صدر الشهيد وهو رواية عن ابح وهذا للعرف وفي التتمة
وثياب الغلام والجارية يدخل في البيع بغير شرط للعرف الا ان يكون ثيابا مرتفعة
الملبوس لا تدخل الا بشرط لعدم العرف والحبل المشدود في عنق الحمار والعذار
يدخل للعرف لا الحبل المشدود على قرن الثور والجمل لعدم العرف الا بالذكر وفصيل
الناقة ومهر الرمكة وجحش الاتان والعجول ان ذهب به مع الامام الى موضع
البيع يدخل للعرف والا فلا خلافا لابي يوسف لان الاصل اصل والشجرة تابع
فلو دخل معها لانقلب الاصل تبعا مع كونها اصلا في هذا البيع هذا فيما اطلق
واما لو عين انه اشتراها للقطع لا يدخل بالاتفاق ولو عين انه للقرار يدخل
بالاتفاق بمقدار غلظها دون ما ينتهي اليه العروق وفي الخلاصة باع شجرة
بشرط القطع تقطع من وجه الارض وان باع بشرط القلع تقلع من الاصل و
في الاقرار والقسمة تدخل الارض التي تحت الشجرة والهبة والصدقة كالوصية
في الدخول ولو اقر لرجل بارض وفيها شجرة قائمة وعليها ثمرة فهي للمقر له وكذا
الزرع اشترى شجرة بعروقها وقد نبت من عروقها اشجار فان كانت الاشجار
بحيث لو قطعت الشجرة ييبست صارت مبيعة والا فلا لانها اذا يبست بقطع الشجرة
كانت نابتة من الشجرة ولا يدخل الدرج الذي بناها بفلاة وصار مما ينتفع به ناسا
وخرج عن تبعية الارض في بيع الارض لان اتصاله بها ليس باتصال قرار فاشبه
المتاع الموضوع في الدار ولا يرد عليه الحمل حيث يدخل في بيع امه مع ان اتصاله
ليس باتصال قرار لانه لما كان البشر لا يقدر على فصله في ثاني الحال بل انما يفصله
الا الله تعالى صار كانه لا يعد منفصلا بل يعد متصلا اتصال قرار ولانه لما كان
جزء امه صار تبعا له عرفا وعن هذا قالوا لو اشترى سمكة فوجد في بطنها
لؤلؤة ان كانت في صدف تكون للمشتري وان لم تكن في الصدف يكون للبايع
لانها في الاول يكون جزء من السمكة فتدخل في بيعها عرفا تبعا لها وفي الثاني
تكون وديعة فيها فلا تتبعها ولو اشترى دارا وكتب بحقوقها فانهدم حائطها
فوجد فيها رصاصا او صاجا او خشبا ان كان من جملة البناء كالخشب التي
تحت الحائط فهو للمشتري لكونه تابعا للبيع وان كان شيئا هو مودع في الحائط

فهو للبايع لعدم كونه تابعا له كما لو وجد المشترى فى جذع من جذوعها دنانير او غيرها
يكون للبايع لعدم كونه تابعا ولا الثمر سواء كان له قيمة اولا وقيل اذا لم يكن له قيمة
يدخل فى المبيع ويكون للمشترى والاول اصح على ما سياتى فى بيع الشجر لقوله عم
من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبايع الا ان اشترط المشترى رواه محمد فى الاصل
ولان اتصاله بالشجر وان كان خلقيا الا انه للفصل من العباد فى ثانى الحال لا للقرار
فصار كالذرع الا باشتراطه لما رويناه ولانه بالشرط صار مقصودا بالعقد
فصار من المبيع سواء كان يقول بعتك الارض على ان يكون ذرعها لك او ذرعها او مع
ذرعها او بذرعها وكذا فى الثمر مع الشجر وان وصلية ذكر الحقوق والمرافق لان
الذرع والثمر ليسا من حقوق الارض والشجر لان الحقوق والمرافق تختص بتوابع
المبيع كالطريق والشرب ومسيل الماء وهما ليسا كذلك بخلاف ما لو قال بعت بكل
قليل وكثير هوله بدون ذكر الحقوق والمرافق فانهما يدخلان فى البيع ح لعموم اللفظ
فيصيران من المبيع ويقال للبايع اى بعد انتقاء الثمن وقبضه على ما فى الخانية
قلعه اى الذرع او قطعها اى الثمر وسلم المبيع لان التسليم واجب عليه فيؤمر بتفريغه
حتى لو لم يفرغه لم يوجد التسليم لاشتغاله بملك البايع قال فى قاضيخان لو باع دارا
وسلمها الى المشترى وفيها قليل متاع للبايع لم يكن تسليما حتى يسلمها فارغة وان اودع
المتاع عند المشترى واذن للمشترى بقبض الدار والمتاع جميعا صح التسليم لان الكل
صار فى يد المشترى وفى الخلاصة عن الاجناس يعتبر فى صحة التسليم ثلاثة
معان احدها ان يقول البايع خليت بينك وبين المبيع الثانى ان يكون المبيع بحضرة
المشترى على صفة يتاتى فيه الفعل من غير مانع الثالث ان يكون مفرزا غير مشغول
بحق غيره وكان ابو ح يقول القبض ان يقول البايع قد خليت بينك وبين المبيع فاقبضه
ويقول المشترى وهو عند البايع قد قبضته فان اخذ براسه وصاحبه عنده
وقاده فهو قبض سواء كان دابة او بعيرا او كان غلاما او جارية فقال له المشترى
تعال معى او امش معى فتخطى معه فهو قبض وكذا لو ارسله فى حاجة وفى الثوب
ان اخذه بيده او خلى بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال قد خليت
بينك وبينه فاقبضه فقال المشترى قد قبضته فهو قبض والتخلية فى البيع

الفاسد

الفاسد يصير قبضا وسنذكره فى البيع الفاسد وفى فتح القدير ولو باع دارا غائبة فقال
سلمتها اليك فقال قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا وهى ان تكون بحال
يقدر على اغلاقها وما لم يقدر على اغلاقها فهى بعيدة واطلق فى المحيط ان بالتخلية
يقع وان كان المبيع يبعد عنهما وقال الحلوانى ذكر فى النوادر اذا باع ضيعة وخلى بينها
وبين المشترى ان كان يقرب منها يصير قابضا وان كان بعيدا لا يصير قابضا
قال والناس عنه غافلون فانهم يشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم
والقبض وهو لا يصح به القبض وفى جامع شمس الائمة يصح القبض وان كان العقار
غائبا عنهما عند ابى ح خلافا لهما وفى جمع النوازل دفع المفتاح فى بيع الدار تسليم
اذا تهيأ له فتحه من غير تكلف هذا عندنا وقال الشافعى لا يقال للبايع ذلك بل
يترك الذرع حتى يستحصد والثمر حتى يبدو صلاحها لان الواجب عليه هو التسليم
المعتاد والمعتاد ان لا يقطع قبل وانما قلنا لا نم ان الواجب هو التسليم المعتاد ولو سلم
فلا نم ان المعتاد عدم القطع الى وقت الحصاد والبدو سلمناه لكنه غير معتبر
فانهم قد يبيعون للقطع سلمناه ولكن الواجب ذلك ما لم يعارضه ما يسقطه
وقد عارضه دلالة الرضاء بذلك وهى اقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشترى
تفريغ ملكه وتسليمه اياه فارغا فان قيل اذا تمت مدة الاجارة وفى الارض ذرع
فانه لا يؤمر بالقطع بل يترك الى الحصاد مع ان تسليم الارض فارغة واجب هنا ايضا
قلنا نعم ان تسليم الارض فارغة واجب فى صورة الاجارة ايضا لكنه لا يترك
الا بالاجر وتسليم العوض كتسليم العوض عنه فوجد التسليم فارغة هنا حكما ولان
الاجارة انما عقدت للانتفاع وذلك لا يكون الا بتركه الى الحصاد ولو قطع قبله
لزم قلب الموضوع بخلاف البيع فانه لملك الرقبة فلم يراعى فيه امكان الانتفاع ثم
لا فرق بينهما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن فى كونه للبايع ويؤمر بقطعه هذا هو
الصحيح وقيل اذا لم يكن له قيمة يدخل فى البيع ويكون للمشترى وجه الصحيح ان بيعه
منفردا يصح فى اصح الروايتين وما يصح بيعه منفردا لا يدخل فى بيع غيره
اذا لم يكن موضوعا للقرار وكذا لا يدخل حب بذر ولم ينبت بعد لانه مودع فيها
كالمتاع وقيل هذا اذا لم يعفن البذر فى الارض واما اذا عفن فيها فهو للمشترى

لان بيع الغصن بانفراده لا يصح فكان تابعا للارض عرفا بخلاف غير الغصن فانه
يصح بيعه بانفراده وان لم ينبت ولم يصر له قيمة دخل في بيع الارض على ما اختاره
الاسكاف وقيل لا يدخل وهو مختار ابي القاسم الصفار وهذا بناء على
الاختلاف في جواز بيعه فمن جوز بيعه قبل ان يناوله المشافر والمناجيل
لم يجعله تابعا لغيره ومن لم يجوزه جعله تابعا ومن باع ثمره بعد ظهورها لان
بيع الثمر على الشجر قبل الظهور لا يجوز وانما يجوز بعد ظهورها بدا صلاحها او لم
صح البيع ان لم يشترط تركها على الشجر اما اذا بدا صلاحها فلانتفاع بني ادم
او علف الدواب واما اذا لم يبد صلاحها فلانه مال متقوم لكونه منتفعا به في
الحال او في الاستقبال فصار كبيع الجحش والمهر وذكر شيخ الاسلام والامام
السرخسي ان البيع قبل ان ينتفع به لا يجوز لان النبي عم نهى عن بيع الثمر قبل ان يبدو
صلاحها لان البيع مختص بمال متقوم والثمر قبل بدو صلاحها ليس كذلك والاول
اصح على ما في الهداية والخلاصة لما اشار اليه محمد في باب العشر انه لو باع الثمار
في اول ما تطلع وتركها باذن البايع حتى ادرك فالعشر على المشتري ولانه مال متقوم
في الاستقبال ونفي جوازه يفضي الى نفي جواز بيع الجحش والمهر وذلك جائز بالاتفاق
وتاويل ما رويناه انه اذا باعه بشرط الترك او الحمل على بيعها سلما وفي الخلاصة
الحيلة في جوازه عند الكل ان يبيعها مع الشجر ومعنى الصلاح عندنا ان يامن العاهة
والفساد وعند الشا فهو ظهور النضج وبدو الحلاوة كذا في فتح القدير ويقطعها
اي الثمرة المشتري في الحال تفريغا لملك البايع هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع
وان شرط تركها على الشجر فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد ولان فيه صفقة
في صفقة لانه اما اعارة في بيع لو كان الترك بغير اجرة او اجارة في بيع لو كان
الترك باجرة وذلك حرام فان قيل لا نسلم ان فيه صفقة في صفقة وانما يكون
كذلك ان لو جازت اعارة الاشجار واجارتها وليس بجائز نعم هذا يستقيم
فيما اذا باع الزرع بشرط الترك في الارض فان اعارة الارض واجارتها جائز قلنا
معنى كونه صفقة في صفقة اشتراط عقد في عقد صحيحا او فاسدا ولا يلزم كونه
صحيحا اذ لا فرق بين كون العقد الذي جعل شرطا صحيحا وبين كونه فاسدا في

جعل

جعل العقد المشروط فاسدا ولو وصلية بعد تناهي عظمها عند ابي ح وابي يوسف وهو القياس
بما ذكرناه من الوجهين لان مقتضاهما عدم الفرق بين المتناهي وغير المتناهي خلافا لمحمد
استحسانا وهو قول مالك والشافعي واختاره الطحاوي حيث قال لا يفسد بشرط
الترك بعد التناهي استحسانا لعموم البلوى ولتعامل الناس فيه بخلاف ما لم يتناهى
عظمها فانه يفسد العقد فيه بشرط الترك اتفاقا لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو
الذي يزداد لمعنى في الارض والشجر واجيب عنه بمنع جريان العرف فيه بل المعتاد في
مثله مجرد الاذن في الترك بلا شرط في العقد لكن قال في الاسرار الفتوى على قول
محمد وكذا اي يصح شراء الزرع بعد ظهورها بدا صلاحها او لم يبد ان لم يشترط
الترك الى الحصاد وان شرط فسد البيع لما في البزازية والخلاصة عن التجريد بيع جميع
الثمرة والزرع اذا كانت موجودة جائز وان كان قبل بدو الصلاح اذا لم يشترط
الترك والمراد ببدو الصلاح كونه منتفعا به ولو شرط في العقد تركها فالعقد فاسد
انتهى ولكن قال قبل هذه المسئلة لو باع الزرع قبل ان يصير بقلا لا يجوز وبعد ما
صار بقلا بشرط ان يقطعه المشتري او يرسل دابته فيه فاكل جاز وان باعه بشرط
ان يترك حتى يدرك لا يجوز وكذا الرطبة والبقول انتهى وهكذا في قاضيخان فظهر
منه ان في بيع الزرع بعد الظهور قبل الانتفاع روايتين ففي رواية التجريد جائز
وفي رواية غيره لا يجوز والمص اخذ الاول وصاحب الدرر اخذ الثاني ولو كان
الزرع مشتركا بين اثنين فباع احدهما نصيبه بغير اذن شريكه ان بلغ الحصاد
جاز والا فلا ولو باع من شريكه جاز مطلقا وكذا لو باع نصيبه من الشجر على هذا
ولكن لو باع من غير شريكه قبل الحصاد ولم يفسخ حتى ادرك الزرع جاز لزوال
المانع كما لو باع الجذع في السقف ولم يفسخ البيع حتى اخرجه من البناء فانه ينقلب
جائزا ولو كان الزرع والارض مشتركا فباع نصف الارض مع نصف الزرع
من شريكه او اجنبي بغير رضاء شريكه جاز وقام المشتري مقام البايع ثم بيع نصف
الارض بدون الارض انما لا يجوز في موضع كان لصاحب الزرع حق القرار
بان زرع في ملك نفسه اما اذا كان متعديا في الزراعة كالغاصب جاز بيع النصف
وكذا اذا باع نصف البناء بدون الارض ويبقى نصف الثمار مشاعا قبل بدو الصلاح

الزرع

من شريكه جاز لا من غيره وافتى على السغدي انه لا يجوز مطلقا كذا في الخلاصة
وان تركها اي الثمرة باذن البايع بلا اشتراط الترك حين العقد جاز البيع وطاب له
الزيادة وان بغير اذنه جاز البيع ايضا لكنه تصدق بما زاد في ذاتها بان يقومها
قبل الادراك وبعده فيتصدق بفضل ما بينهما لان ما زاد حصل بجهة محظورة
وهي حصولها بقوة الارض والشجر المغصوبتين وان تركها بغير اذن البايع بعد
ما تناهت عظمها لا يتصدق بشيء لان هذا تغير حالها التي الى النضج لا يتحقق زيادة
في الجسم لان الشمس تنضجها والقمر يلونها والكوكب يعطيها الطعم على مجرى عادة
الله تعالى وهذه ليست بزيادة في الجسم وان استاجر الشجر الى وقت الادراك سواء
بين المدة او لم يبينها بطلت الاجارة لعدم التعارف ولعدم الحاجة اليها لامكان
ان يشتريها مع اصولها وفي اجارات الاشباه لو استاجر الشجر مطلقا قال الامام
خواهرزاده لقائل ان يقول بالجواز و ينصرف الى شدة الثيات عليها او الدابة
وبعدمه لان المنفعة المقصودة منها الثمرة انتهى وطاب الزيادة للمشتري بلا لزوم
اجر المثل لا لمدة الترك ولا للمدة المعينة لانه لما بطلت الاجارة بقي اذنه في وقت
الاجارة معتبرا فطابت ولم يلزم الاجر لعدم الاجارة به راسا والحيلة فيه
ان يقول المشتري للبايع بعد دفع الثمن جعلت للشجرة من الفجر من هذه الثمرة
على ان تعمل فيها بالمساقات كذا في البزازية وان استاجر الارض اي الى وقت
بلا تعيين المدة لانه لو استاجرها وبين المدة يصح على ما في الخلاصة والبزازية
وغيرهما لترك الزرع فسدت الاجارة لجهالة وقت ادراك الزرع اذ قد يتقدم
و يتاخر ولا يطيب اي للمشتري الزيادة لانه لما فسدت الاجارة فسد الاذن
في ضمنها ايضا تبعا لها فيكون الزايد خبيثا سبيله التصدق بخلاف ما تقدم لان
الباطل لا اصل له في الشرع اصلا فلو يتضمن شيئا اخر حتى يفسد المضمن تبعا
للمضمن واما الفاسد فله تحقق من حيث الاصل فيصح ان يتضمن شيئا اخر فيفسد
بفساده تبعا له ويجب اجر المثل لان لجارة الارض شيء متعارف كذا في الخلاصة
ولو اشترى الثمار ولم يقيد بالقطع والترك وتركه واثمرت ثمرا اخر قبل القبض
اي قبض المشتري المبيع فسد البيع لان المبيع لا يمكن تسليمه لتعذر التمييز والحيلة

ان يشتري الاصول ليحصل الزيادة في ملكه ثم يبيع الاصول بعد قضاء حاجته من
البايع ان شاء وبعد القبض يشتركان في الحادث لان البيع قد تم بالتسليم والقبض
وقد حدث ملك البايع واختلط بملك المشتري فيشتركان فيه للاختلاط والقول
في قدر الحادث للمشتري لان المبيع في يده فكان الظاهر شاهدا له وكذا الحال
في نحو الباذنجان والبطيخ واعلم ان شراء الثمار على الاشجار على ثلاث صور احدها
اذا خرج الثمر كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه القطع او الترك باذن البايع والثاني
ان لا يخرج شيء منها فانه لا يجوز بيعه بالاتفاق وثالثها ان يخرج بعضها دون
بعض فان خرج البعض قبل القبض فسد البيع في ظاهر المذهب وقيل يجوز اذ
الموجود وقت العقد اصل وما يحدث بعده تبع فيجوز استحسانا لتعامل الناس
فيه وكان شمس الائمة الحلواني يفتي بذلك وحكى ايضا عن ابي بكر محمد بن الفضل
انه يفتي بذلك ولم يقيده بكون الخارج اكثر على ما قيده بعضهم على ما في الزيلعي
بل كان يعلله بما ذكرناه من ان الموجود وقت العقد اصل وما يخرج بعده تبع له
وقال شمس الائمة السرخسي ان هذا البيع لا يجوز لان المصير الى مثل هذه الطريقة
عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لانه يمكنه ان يبيع الاصول او يشتري الموجود
ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي الى وقت وجوده او يشتري الموجود بجميع الثمن
ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل مقصودهما بهذه الطريقة فلا ضرورة
في تجويز العقد في المعدوم مصادما للنص وهو ما روي عنه عم انه نهى
عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وان خرج بعد القبض يشتركان
على ما ذكرناه ولو باع ثمرة مجذوذة اولا واستثنى منها اي من الثمرة المبيعة ارطالا
او رطلا معلومة صح في ظاهر الرواية لان المبيع صار معلوما بالاشارة
والمستثنى معلوم بالعبارة لان الفرض كون المستثنى معلوما بعبارة فوجب
القول بجوازه ولان كل ما جاز ايراد العقد عليه بانفراده جاز استثناؤه
من العقد ايضا كبيع قفيز من صبرة وما لا فلا كبيع الحمل واطراف الحيوان
وشاة من قطيع الغنم لان الاستثناء يقتضي كون المستثنى مقصودا معلوما
وافراد العقد يقتضي كون المعقود عليه مقصودا معلوما فتشابها فما جاز

ان يكون معقودا عليه بانفراده جاز ان يستثنى وبالعكس اى ما لا يجوز ان يكون معقودا
عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه كبيع الحمل واطراف الحيوان لا يجوز انفراده
بالعقد فكذا لا يجوز استثناؤه فلو قال بعتك هذه الصبرة بكذا الا قفيزا منها
او رطلا منها صح البيع ولو قال بعتك هذا القطيع من الغنم بكذا الا شاة منها لا يصح
البيع ولو قال الا هذه الشاة جاز لصحة افراد العقد عليها لتعينها وكذا الحكم فى
جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد بخلاف الكيلى والوزنى والعددى
المتقارب فان استثناء قدر منه وايراد العقد عليه جائز لان الجهالة لا تفضى
الى النزاع والفرق بين بعت هذا القطيع بكذا الا هذه الشاة وبين بعت هذا
القطيع بكذا على ان لى هذه الشاة حيث جاز الاول دون الثانى ان المستثنى
غير داخل فى المستثنى منه على ما عرف فلم يكن افراده لخراجا بحصته من الثمن
حتى يكون فيه جهالة واما فى الشرط فان الشاة المعينة دخلت اولا فى الجملة
ثم خرجت بحصتها من الثمن وهى مجهولة فيفسد البيع فى الكل وكذا الحال فى
نحو بعتك هذا العبد الا عشرة وعلى ان لى عشرة حيث جاز الاول دون الثانى
لما ذكرناه وقيل وهو قول الطحاوى والشافعى واحمد ورواية الحسن عن ابى حنيفة
لا يصح لان الباقى بعد الاستثناء مجهول فلا يرد عليه العقد اذ ربما لا يبقى
بعد الاستثناء شىء فيخلو العقد عن الفائدة ويكون رجوعا عن العقد قبل
القبول فيصح رجوعه بخلاف ما اذا استثنى نخلة معينا لان الباقى معلوم بالمشاهدة هذه
كم نخلة هى هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة لان المبيع معلوم بالاشارة وجهالة
قدره لا تمنع جواز البيع فى المشار اليه على ما مر من قبل الا ان الصبرة مجازفة
جائز مع جهالة القدر وما نحن فيه هو هذا بعينه لان ما نحن فيه ليس بالكيل
والوزن وقوله اذ ربما لا يبقى شىء بعده قلنا الاستثناء تصرف لفظى فيعتبر
فيه صحة الكلام واذا صح الكلام تم وكان مفيدا ولا يكون رجوعا ولو خرج
الكل بذلك الطريق لانه يتوهم البقاء الا ترى انه لو قال نسائى طوالق الا فلانة
وفلانة وفلانة او قال عبيدى احرار الا فلانا وفلانا وفلانا حتى لخرج الكل
بهذا الطريق صح ولا يكون رجوعا وانما يكون رجوعا اذا كان الاستثناء بلفظ

المستثنى

المستثنى منه بان قال عبيدى احرار الا عبيدى او نسائى طوالق الا نسائى حتى لا يصح هذا الكلام
ويلغو ويقع الطلاق والعتاق لانه استثناء الكل من الكل بلفظه فكذا هنا لا يكون
رجوعا الا اذا قال بعتك هذه الثمار ويجوز بيع البر فى سنبله ان بيع بغير جنسه
ويلزم على البايع الدوس والتذرية وكذا لو اطلق ولم يقيد بسنبله وله حنطة
فى سنبله يجوز ويلزم على البايع الدوس على ما فى البزازية فيحمل على غير جنسه
حملا لكلامه على الصلاح وانما لم يجز بيعه بجنسه اى بيع البر فى سنبله ببر فى سنبله
او فى الارض او بيع سنبلة البر بسنبلة البر لاحتمال الربوا بالجهالة قدر ما فى السنبلة
والارض وقال الشافعى فى قوله الجديد لا يجوز بيع البر فى سنبله لان المقصود
وهو المبيع مستور بما لا منفعة له فيه فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة اذا بيع بجنسه
بجامع استتاره بما لا منفعة وكبيع بذر البطيخ وحب القطن واللبن فى الضرع
والزيت فى الزيتون قبل الاستخراج واصل هذا عموم ما روى ان النبى عم نهى عن بيع
الغرر وفى هذا غرر فانه لا يدرى قدر الحنطة الكائنة فى السنابل والمبيع ما
اريد به الا الحب لا السنابل فرجع الجهالة القدر وهذا يقتضى عدم جواز بيع
اللوز والجوز ونحوهما فى قشره الثانى وبيع الشعير والذرة فى سنبلهما لكنه
يجوز استحسانا لتعامل الناس فيها فترك القياس فى موارد الاستحسان
واستدل اصحابنا بالنقل والعقل اما النقل فما رواه مسلم ان النبى عم نهى عن بيع
النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة وجه الاستدلال به
ان حكم ما بعد الغاية يخالف حكم ما قبلها ورد بانه استدلال بمفهوم الغاية والاولى
ان يستدل بقوله نهى فان النهى يقتضى المشروعية اقول ان النهى انما يقتضى المشروعية
بحسب الاصل دون الوصف ولا يطلق على مثله الجواز كالربوا والبيع بشرط ويجوز
الاستدلال بمفهوم الغاية عندنا كما فى قوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل وقيل ان
المراد به هو السلم يعنى لا يجوز السلم فيه حتى يوجد بين الناس فيكون دليلا على
اشتراط وجود السلم فيه من حين العقد الى حين المحل واجيب عنه بانه مجرى على
اطلاقه فيكون دليلا على ما نحن فيه باعتبار مفهوم الغاية واما العقل فلانه مال
متقوم فينتفع به فيجوز بيعه فى قشره كالشعير والذرة وبيع تراب الصاغة انما

لا يجوز اذا بيع بجنسه لاحتمال الربو لحتى اذا بيع بخلاف جنسه جاز والغالب في السنبلة
الحنطة الا ترى انه يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب او بذر او لبن
او زيت وهي في القطن والبطيخ والضرع والزيتون وكذا اي يجوز بيع الباقلاء بالمد
وتخفيف اللام على ما في الصحاح فعلى هذا الاولى ان ينبت ضميره في قشره وكذا الاولى
ان يقيد القشر بالاول لان جوازه في قشرها الثاني يعلم منه بطريق الاولى لانه اتفاقي
وخلاف الشافعي انما هو في قشرها الاول والارز والسمسم وكذا اللوز والفستق والجوز
في قشرها الاول قال الشافعي لا يجوز ذلك في كلها في قشرها الاول لان المعقود عليه
مستور بما لا منفعة له ولنا ما ذكرناه من حديث مسلم لان مفهوم الغاية حجة عندنا
ايضا او نقول ان الغاية من قبيل الاشارة لا المفهوم على ما في البدايع بخلاف بيع الحب
في القطن والنوى في التمر والبذر في البطيخ حيث لا يجوز لما ذكرناه من انه لا يطلق
عليها اسم الحب والنوى والبذر في هذه الحالة فلا يجوز بيعها بخلاف مسئلة الكتاب
فانه يطلق عليها اسم الباقلاء والارز وغيرها في القشر فيجوز بيعها وبيع الدرة في
بطن السمكة من قبيل النوى في التمر واما بيع الذهب والفضة في ترابهما فجائز اذا كان
بخلاف جنسه على ما في البزازية واجرة الكيل فيما اذا بيع مكايلة واجرة عد المبيع فيما
بيع معادا واجرة وزنه وذرعه فيما بيع موازنة ومذارعة على البايع لان الكيل والعد
والوزن والذرع في هذا البيع من تمام التسليم وتسليم المبيع واجب على البايع فكذا تمامه
لان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب واجرة نقد الثمن يقال نقدت الدراهم نقدا
اذا نظرتها لتعرف جيدها من زيفها على ما في المصباح ووزنه على المشتري اما الوزن
فلان تسليم الثمن يجب عليه وذلك لا يتحقق الا بالوزن واما نقده فعلى رواية ابن
سماعة عن محمد وعليه فتوى صدر الشهيد انه يجب على المشتري لانه هو المحتاج الى
تسليم الجيد المقدر من الثمن والجودة انما تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن
وعلى رواية ابن رستم عن محمد انه يجب على البايع لان النقد بعد التسليم الى البايع
فالبايع هو المحتاج الى النقد فيجب اجرا قدره عليه ويؤيده هذه الرواية ما روي
عن محمد ان اجرة النقد على رب الدين بعد القبض وقبله على المديون لان على المديون
ايفاء حقه فيكون اجرة التمييز عليه وبعد القبض يدخل في ضمان رب الدين ويدعي

انه

انه خلاف حقه فيكون تمييزه عليه وذكر في اجارة البزازية لو ظهر نقد الصراف ان
الدراهم زيوف رد الاجرة وان وجد زيوفا فبقدره وفي بيع سلعة بثمن معجل
سلم هو اي الثمن اولا فيقال للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع
فيقدم دفع الثمن لتعين حق البايع بالقبض لكونه مما لا يتعين بالتعيين تحقيقا
للمساوات في تعيين حق كل منهما وفي المالية ايضا لان الدين انقص من العين
فلا بد من تعيين الدين بالقبض ليساوي العين ويتخلص عن احتمال الربو هذا
اذا كان المبيع حاضرا ولو كان المبيع غائبا عن حضرتهما فللمشتري ان يمتنع عن
تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن من قبضه ان لم يكن مؤجلا والا فيتاخر الثمن
الى الاجل لان البايع اسقط حقه في الثمن بالتاجيل فيتاخر واما المشتري
فلم يسقط حقه فياخذ المبيع قبل الثمن بخلاف المعجل لان البايع ثمه لم يسقط حقه
فيلزم الربو بالتاخير حتى لو اسقط حقه بالتاخير ترفيها للمشتري جاز وان لم يكن
مؤجلا ولا يلزم الربو كما في القهستاني انه لو باع مطلقا عن ذكر الاجل ثم اجل
الى اجل مجهول واخر المطالبة بالثمن جاز وفي بيع سلعة بسلعة اي المقايضة
او ثمن بثمن اي الصرف سلما معا لاستوائهما في التعيين وعدمه فلا يحتاج الى
تقديم احدهما بالدفع وقد ذكرنا ما يتعلق بالتسليم من قبل

باب الخيارات

البيع تارة يكون لازما واخرى غير لازم واللازم ما لا خيار فيه وغير اللازم
ما فيه خيار ولما كان اللازم اقوى في كونه بيعا قدمه على غيره ثم قدم خيار
الشرط لانه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لانه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لانه
يمنع لزوم الحكم وهو خروج المبيع عن ملك البايع وانما كان عمل الخيار في الحكم دون
السبب وهو البيع لان الاصل ان لا يدخل الخيار في البيع لكونه في معنى القمار
ولكن لما جاء به السنة لم يكن بد من العمل به فاعملناه في منع الحكم تقليلا لعمله ما
امكن لان دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم بخلاف العكس واعلم ان
الموانع خمسة اقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد البيع
لانه لا ينعقد الا في محله ومحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع اصلا
كانقطاع الوتر يمنع اصل الرمي بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع

المضاف الى مال الغير كاصابة السهم بعد الرمي حائطا فيرده عن سننه ومانع يمنع ابتداء
الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه
على مثال استتار المرمي اليه بترس يمنع من اصابة السهم اليه ومانع يمنع من تمام
الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية للمشتري ومانع يمنع لزومه كخيار العيب كذا ذكره
بعض اهل الاصول وقال المحققون منهم ان هذا التقسيم مبني على القول الضعيف
وهو جواز تخصيص العلة والصحيح انه لا يجوز تخصيص العلة عندنا بل عدم الحكم
لعدم العلة لا لوجود المانع من العمل ففي كل موضع عدم الحكم فانما هو لعدم العلة
فتخلف الحكم مع شرط الخيار في البيع انما هو لعدم العلة لا للمانع من تاثير العلة لان
العلة هي البيع بلا خيار لا البيع مع الخيار واما قولهم البيع بشرط الخيار علة اسما
ومعنى مجاز او مشاكلة لقولهم البيع الخالي عن الخيار علة اسما ومعنى وحكما لان
الموجود فيه شرط العقد لا نفسها لان العلة لا تتم الا بالاوصاف الثلاثة اضافة
الحكم اليها وتاثيرها فيه وحصولها معه في الزمان وسموها بالاعتبار الاول علة
اسما وبالاعتبار الثاني علة معنى وبالاعتبار الثالث علة معنى وحكما كذا في التلويح
ثم اعلم ان الخيارات في البيع لا تنحصر في الثلاثة المذكورة بل يزيد عليها ثلاثة
عشر منها خيار التعيين على ما سياتي ومنها خيار الكمية على ما قدمناه في اول
البيع ومنها خيار الاستحقاق ومنها خيار كشف الحال ومنها خيار تفرق الصفقة
بهلاك البعض قبل القبض ومنها خيار اجازة عقد الفضولي ومنها خيار فوات
الوصف المشروط المستحق بالعقد ومنها خيار الغبن ومنها خيار الخيانة ومنها
خيار عدم نقد الثمن صح خيار الشرط من اضافة المسبب الى سببه لان الشرط
سبب الخيار ولو قال صح شرط الخيار كما وقع في الاصلاح لكان اولى لان الموصوف
بالصحة هو الشرط لا الخيار ثم خيار الشرط على ثلاثة انواع فاسد بالاتفاق
وهو ان يقول على اني بالخيار او على اني بالخيار اياما او على اني بالخيار ابدا وجائز
بالاتفاق وهو ان يقول على اني بالخيار ثلاثة ايام فما دونها ومختلف فيه
وهو ان يقول على اني بالخيار شهرا او شهرين على ما سياتي بيانه لكل من العاقدين
ابحال عقدهما او بعده لا قبله على ما اشار اليه بالصيغة فلو قال له جعلتك بالخيار

في

في البيع الذي يعقده ثم عقد بعده لم يكن له خيار على ما صرح به في التاتارخانية
واشار باطلاقه الى ان خيار الشرط جائز في العقد الفاسد كما في الصحيح على ما صرح
به في الخلاصة وهل يثبت في سائر العقود التي تحتمل الفسخ فقال في الفصولين
واما الخيارات التي تثبت في عقود تحتمل الفسخ انواع منها خيار شرط ورؤية وعيب
وتعيين وتفرق المعقود عليه بهلاك البعض قبل القبض والاستحقاق اما خيار
الشرط فيثبت في البيع الفاسد كما في الجائز حتى لو باع قنا بالف درهم ورطل
خمر بخيار وقبضه واعتقه لم يجز لا نافذا ولا موقوفا ولا يثبت في الصرف والسلم
حتى لو شرط الخيار في الصرف والسلم لاحدهما يبطل العقد ويثبت في القسمة
لانها مبادلة كبيع ثم قال بعلامة صح ان خيار الشرط يصح في ثمانية اشياء
في بيع واجارة وقسمة وصلح عن مال بعينه او بغير عينه وكتابة وخلع وعتق
على مال ولو شرط الخيار للمرأة والقن يصح عند ابح ولو شرط للزوج والمولى
لم يجز وفاقا ولو شرط للراهن جاز لا للمرتهن اذ له نقض الرهن متى شاء بلا خيار
ولو كفل بنفس او مال وشرط الخيار للمكفول له وللكفيل جاز ولو استاجر
بخيار له ثلاثة ايام جاز كبيع فلو فسخ في الثالث هل يجب على المستاجر اجر يومين
والفتوى على انه لا يجب لانه لا يتمكن من الانتفاع بحكم الخيار ولانه لو انتفع بطل
خياره ولو شرط الى الليل او الى وقت الظهر او الى ثلاثة ايام فله الخيار في كل
الليل ووقت الظهر وثلاثة ايام ولا ينتهي ما لم يمض الغاية عند ابح وقالا لا تدخل
الغاية في الخيار ولا يصح خيار الشرط فيما لا يحتمل الفسخ كالنكاح والطلاق
والعتاق واليمين والنذور والاقرار والصرف والسلم والوكالة فلو نكح او طلق
او اعتق وشرط الخيار يقع النكاح والطلاق والعتق ويبطل الشرط وفي
الخانية ابتداء التاجيل في البيع بثمن مؤجل بخيار الشرط من وقت الشرط
لا من وقت العقد سواء كان الخيار للبايع او للمشتري او للشفيع الطلب وقت
العقد حيث علم لا وقت السقوط ويطلب في بيع الفضولي وقت الاجازة وفي
البيع الفاسد حين انقطاع الاسترداد وفي الهبة بشرط العوض روايتان في
رواية يطلب عند القبض وفي اخرى عند العقد وهو الصحيح ولهما معا ثلاثة ايام

وما دونها بالاتفاق كان يقول احدهما على اني او كلاهما على انا بالخيار ثلاثة ايام او
ما دونها لما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري كان يغبن في البياعات
فقال له النبي عم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام وهذا الحديث يثبت
جواز الخيار على غير العاقدين ايضا على ما سياتي فان قيل المذكور في الحديث هو
المشتري فكيف جاز للبائع اجيب بانه بطريق الاشارة حيث قال اذا بايعت
من باب المفاعلة فيتناولهما البائع والمشتري ولان البائع في معنى المشتري في
المعنى المناط فيلحق به دلالة لا اكثر عند ح وزفر والشافعي فيما روينا انه ماورد
على خلاف القياس فيقتصر على مورده وقد ورد ذلك في ثلاثة ايام فلا يتجاوز
الاكثر وهل يلزم تعيين المدة حين العقد ولا يلزم قلت قد صرح في الفصولين
وغيره انه لو باعه بخيار الشرط ولم يبين المدة فسد البيع وفاقا فان قيل
قد صرح في فتح القدير لو قال له انت بالخيار فله خيار المجلس فقط فالجواب
انه قد صرح في الخلاصة مسئلة انت بالخيار انه باع بلا خيار ثم لقيه بعد
مدة فقال له انت بالخيار فله الخيار ما دام في المجلس بمنزلة قوله لك الاقالة
بخلاف ما اذا اطلقا وقت العقد بان قال وقت العقد انت بالخيار مقارنا بالعقد
الا ان اجاز البيع في الثلاثة لانه بالاجازة في الثلاثة اسقط المفسد قبل تقرره
اي قبل مضي ثلاثة ايام فينقلب جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه المشتري في المجلس
ولانه ازال المفسد قبل اتصاله بالعقد وهو اليوم الرابع ولهذا قيل ان العقد
يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وفيه خلاف زفر حيث قال انه لما انعقد فاسدا
لا ينقلب جائزا الا ان البقاء على وفق الثبوت فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين
اذا اشترى عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط الدرهم الزائد وابطل الخمر وكمن تزوج
امرأة وتحته اربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة والجواب
انه اسقط المفسد قبل تقرره فينقلب جائزا بخلاف ما ذكره من المسائل فان
المفسد تقرر فيها ابتداء واعلم ان مشايخنا اختلفوا في هذا العقد في الابتداء
على قول ح فذهب العراقيون الى انه ينعقد فاسدا ثم ينقلب صحيحا بخلاف
خيار الشرط قبل اليوم الرابع وهو ظاهر الرواية وذهب اهل خراسان الى انه

موقوف

موقوف فاذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد فتعليلهم بانه اسقط المفسد قبل تقرره
فينقلب جائزا اشارة الى مذهب العراقيين وتعليلهم بانه ازال المفسد قبل اتصاله
بالعقد اشارة الى مذهب اهل خراسان وفي الخانية فاذا اسقط الخيار في
الايام الثلاث او اعتق العبد او مات العبد او المشتري او احدث به ما يوجب
لزوم البيع ينقلب البيع جائزا في قول ح ويلزمه الثمن وان حدث عند المشتري
في الايام الثلاثة عيب ان كان عيبا يحتمل زواله في مدة الخيار كالمرض لا يبطل
خياره الا انه لا يملك الرد قبل زوال العيب وان حدث به ما لا يحتمل الزوال
لزمه البيع وعندهما يجوز في الاكثر وهو مختار ابن ابي ليلى لكنه لا مطلقا بل
ان بين مدة معلومة اي مدة كانت من شهر او شهرين او غيرها لحديث ابن عمر انه
اجاز البيع الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس
الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن فانه جائز قليلا كانت المدة او كثيرا
والجواب عنه ان حديث حبان مشهور مرفوع فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر
سلمنا تساويهما لكن المذكور في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز ان يراد به خيار
الرؤية وخيار العيب ولا نسلم ان المدة الكثيرة كالقليلة في الحاجة فان صاحب
الحادثة كان مصابا في الراس فكان احوج الى الزيادة فلو جازت كان صاحب
الحادثة اولى بها لكنه قدر له ثلاثة ايام على ما رويناه فدل ان المقدار ينفي
الزيادة سلمناه لكن في الكثير سبب الغرور ازيد فيزداد نفس الغرور وهو
الجهل بالعاقبة بازدياد سببه وهو تعليق نفاذ العقد بالقبول فيفسد العقد
والقياس على التاجيل في الثمن فاسد للفارق لان الاجل يشترط للقدرة على
الاداء وهي انما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج الى مدة طويلة
وان لم يبين مدة معلومة بل شرط الخيار ابدا او مطلقا او موقتا بوقت مجهول
فسد البيع بالاجماع كذا في البحر نقلا عن المعراج وان اشترى على انه ان لم ينقد
الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع صح البيع والشرط عند الثلاث لان هذا شرط في
معنى شرط الخيار من حيث مساس الحاجة اليه فيلحق به استحسانا لان الحاجة
قد تمس الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فان قيل لا نم

انه في معنى شرط الخيار لان هناك لو سكت حتى مضى المدة تم العقد وههنا لو سكت
حتى مضى المدة بطل قلنا ان النظر في الالحاق انما هو الى المعنى المناط وهو الحاجة ههنا
وهي موجودة ولا عبرة بالزيادة عليه وقال زفر لا يصح البيع المذكور وهو القياس
مستدلا بانه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد
واشتراط صحيح الاقالة في البيع مفسد لكونه على خلاف العقد فاشتراط فاسدها
اولى ان يفسد والجواب انا تركنا القياس بالاستحسان كما ترى واعلم انهم اختلفوا
في ان المشتري ان لم ينقد الثمن في المدة المضروبة وهو الثلاث هل ينفسخ البيع
او يفسد ففي البحر انه ينفسخ معللا بقوله فلا بيع بيننا ثم نقل عن المحيط انه ينفسخ
ان لم ينقد وفي النوادر يجعل البيع فاسدا يعني ثلاثة ايام متى ترك النقد لا منفسخا
لان قوله ان لم انقد الى ثلاثة ايام فلا بيع بيننا توقيت للبيع وليس بفسخ له نصا
فمتى ترك النقد في الثلاثة صار كانه قال بعتك هذا الى ثلاثة ايام فيكون توقيتا
للبيع فيفسد لانه بمنزلة الشرط الفاسد واختاره في الفوائد الظهيرية حيث
قال ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام يفسد البيع ولا ينفسخ حتى لو كان المبيع عبدا
واعتقه المشتري بعد الثلاث وهو في يده نفذ لكونه مالكا بالقبض لا ان كان
في يد البائع وفي الخانية قيل ينفسخ والصحيح انه يفسد ولا ينفسخ حتى لو
اعتقه المشتري بعد الثلاث نفذ عتقه ان كان في يده وعليه قيمته لا ان
كان في يد البائع فثمرة الخلاف في ان عتق المشتري بعد الثلاث ان لم ينقد الثمن
في الثلاث نافذ ان كان في يده على القول بفساد البيع لا على القول بانفساخه
لانه مالك له بالقبض في البيع الفاسد لا في الانفساخ واما اعتقه في الثلاث
ولم ينقد فيه فنافذ على القولين ويلزمه الثمن وكذا بيعه في الثلاث ولم ينقد
الثمن فيه على ما صرح في البحر لان هذا بمنزلة خيار الشرط ولو اعتقه او باعه
المشتري في خيار الشرط يلزم البيع فكذا هذا ثم الخيار المذكور وهو المسمى
عندهم بخيار النقد في مسئلة الكتاب للمشتري وقد يكون للبائع ايضا
كما قال في الذخيرة اذا باع عبدا او نقد الثمن على ان البائع ان رد الثمن الى ثلاثة
ايام فلا بيع بينهما كان جائزا وهو بمعنى شرط الخيار للبائع انتهى كذا ذكره في البحر

ثم فرع عليه بقوله فان اعتقه البائع صح اعتاقه وان اعتقه المشتري لا يصح ثم وجه
كون الخيار للمشتري في مسئلة الكتاب للمشتري وقد يكون للبائع ايضا كما قال
في الذخيرة اذا باع عبدا او نقد الثمن على ان البائع ان رد الثمن الى ثلاثة ايام
فلا بيع بينهما كان جائزا وهو بمعنى شرط الخيار للبائع انتهى كذا ذكره في البحر ثم فرع
عليه بقوله فان اعتقه البائع صح اعتاقه وان اعتقه المشتري لا يصح ثم وجه
كون الخيار للمشتري في مسئلة الكتاب مع ان المنتفع بالشرط المذكور هو البائع
باعتبار ان المشتري متمكن بامضاء البيع بالنقد ومن فسخه بعدم النقد وفي
مسئلة الذخيرة كان الخيار للبائع مع ان المنتفع بالشرط هو المشتري باعتبار
ان البائع متمكن من الفسخ برد الثمن في المدة ومن الامضاء بعدم الرد قال في
النهر الفائق ان خيار النقد ينبغي اثباته في الاجارة ايضا للمستاجر وللموجر وذلك
اذا عجلت الاجرة كقوله استاجرت منك هذه الدار سنة باجرة معجلة وهي
كذا على اني ان لم اؤد اليك الاجرة الى ثلاثة ايام فلا اجارة بيننا وكذا لو نقد اليه
الاجرة على ان الموجر ان رد اليه الاجرة الى ثلاثة ايام فلا اجارة بينهما قال وهذا
من النفقه والى اربعة ايام لا يصح عند ابح وابي يوسف الا ان ينقد الثمن في
الثلاثة وعند محمد يجوز الى اربعة واكثر ان بين المدة اعلم ان ابا ح مر ههنا على اصله
في الملحق به وهو شرط الخيار ونفي الزيادة على الثلاث وكذا محمد في تجويز الزيادة
وابو يوسف احتاج الى الفرق بين الملحق والملحق به فجوز الزيادة في الملحق به دون
الملحق فاخذ في الاصل ما روينا من حديث ابن عمر وفي الفرع بالقياس لانه لا يجوز
التعليق الا انا تركناه بالاثر في الاصل ولم يوجد في الملحق فبقي على الاصل ثم اعلم
ان مسئلة خيار النقد على اربع احتمالات اثنان فاسد بالاتفاق وهو انه لو قال
على انه ان لم ينقد الثمن او قال على انه لم ينقد الثمن اياما فلا بيع وواحد منها صحيح
باتفاق الثلاث خلافا لزفر وهو المسئلة الاولى من الكتاب وواحد منها على
الخلاف وهي هذه المسئلة من الكتاب وبعض مشايخنا ذكر ههنا مسئلة بيع الوفا
مع ما فيه من اقوال شتى لمناسبته مسئلة خيار النقد وذكره الامام الرازي في
البيع الفاسد ونحن نذكره ثمه لانه اشد مناسبة له ولما ذكر ان خيار الشرط

قد يكون لاحد العاقدين وقد يكون لهما معا اراد ان يذكر على ما يترتب على خيار كل منهما
فقال وخيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق ولا يمنع خروج الثمن عن
ملك المشتري بالاتفاق اما الاول فلان العلة لا تتم الا بالمراضاة لكون الرضا داخلا
في حقيقتها ولا تتم المراضاة بالخيار ولان البيع به يصير علة اسما ومعنى لا حكما على ما
قدمناه فمنع ابتداء الحكم وهو الملك فيبقى على ملك صاحبه ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك
المشتري التصرف فيه بالبيع والهبة والعتق وان قبضه باذن البايع واما الثاني
فلان البيع لازم من جهته قال في البحر ان الخيار اذا كان للبايع ثم اجازه فالملك
للمشتري مقتصرا على وقت الاجازة ولا يستند الى وقت العقد مستدلا بما ذكره
في الخانية رجل اشترى ابنه من رجل على ان البايع بالخيار ثم مات المشتري
فاجاز البايع عتق الابن ولا يرث اباه انتهى فقد ادعى دليلا على الاقتصار
ولكن عتقه يدل على الاستناد والا لم يعتق انتهى وفي المعراج ان السبب المنعقد
في الاصل يسري الى الزوائد متصلة او منفصلة اذا اجيز البيع لكونه محلا له
عند وجود الشرط فكما ثبت الحكم في الاصل ثبت في الزوائد ايضا انتهى يعني ان
الاصل وان بقي على ملك من له الخيار لا يملك الزوائد اذا اجيز البيع وفي الخانية
ان الاولاد والاكساب فيما اذا كان الخيار للبايع تدور مع الاصل فان اجيز
كانت للمشتري وان فسخ كانت للبايع وان كان الخيار للمشتري فحدثت عند
البايع فكذا الجواب وان حدثت عند المشتري كانت له تم البيع او انتقض قيل
هذا قولهما اما على قوله فهي دائرة مع الاصل ولا يخفى عليك ان هذا مع ما في المعراج
يقتضي الاستناد الى وقت البيع لا الاقتصار على وقت الاجازة وبه صرح في الزيلعي
ووفق في النهر بينه وبين ما مر من الخانية بقوله وانما لم يستند الارث لان
العقد لا يصح ان يكون سببا له اذ سببه انما هو القرابة فلا يستند الى وقت
العقد فان قبضه المشتري فهلك في يده في مدة الخيار لزمه قيمته في القيمي
ومثله في المثلي لان البيع ينفسخ بالهلاك لفوات المحل بهلاك المعقود عليه قبل
تمام العقد والمنفسخ بالهلاك مضمون بالقيمة في القيمي وبالمثل في المثلي ما لم ينقطع
المثل لانه الاصل في الضمانات الثابتة بالعقد وانما يتحول الى الثمن عند تمام الرضا

ولم يوجد بالخيار رضا وكالمقبوض على سوم الشراء فهلك في يده فانه مضمون بالقيمة
اذا كان الثمن مسمى بان قال اذهب ان رضيته اشتريته بعشرة فذهب فهلك فانه ضمن
قيمته لا ثمنه واما لو لم يسم الثمن فانه لا يضمن اصلا لان المقبوض على سوم الشراء لا بد
من تسمية الثمن فيه على ما سنبينه ولو هلك بعد مدة الخيار لزمه الثمن لا القيمة لتمام
الرضاء ولو هلك في يد البايع قبل قبض المشتري ففيه تفصيل ذكره في الخلاصة
نقلا عن شرح الطحاوي حيث قال هلاك المعقود عليه قبل القبض ان كان بآفة
سماوية او بفعل البايع او بفعل المعقود عليه بان كان المعقود عليه حيوانا فقتل
نفسه فالبيع يبطل في هذا كله اما اذا كان الهلاك بآفة سماوية او بفعل المعقود عليه
فلا يشكل وكذلك اذا كان بفعل البايع لان المبيع في يده مضمون بالثمن قبل
القبض بدلالة انه لو هلك سقط ثمنه عن المشتري ولا يجوز ان يكون مضمونا
بالقيمة ويستوي في ذلك ان يكون البيع باتا او بشرط الخيار للمشتري او للبايع
انتهى قيده بالهلاك حيث قال فهلك لانه لو تعيب في يد المشتري فالبايع على
خياره من يوم القبض ان كان قيميا وان كان مثليا ليس له ان يضمنه نقصانا
لشبهة الربوا كذا في البحر الرايق نقلا عن السراج لكنه قال في القنية ان المقبوض على
سوم الشراء يضمن بالقيمة وان كان من ذوات الامثال فله ان يلزمه البيع ان شاء
وان شاء فسخ وضمنه النقصان ولو تعيب في يد البايع بغير فعله فالمشتري
على خياره ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء فسخ ولو تعيب بفعله ينتقض
البيع فيه بقدره لان ما يحدث بفعله يكون مضمونا عليه ويسقط حصته
من الثمن اعلم ان المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا بقيمته اذا كان الثمن
مسمى نص عليه الفقيه ابو الليث في العيون فانه ذكره وقال اذهب بهذا الثوب
فان رضيته اشتريته فذهب به وهلك لا يضمن وقال ان رضيته اشتريته
بعشرة فذهب به فهلك ضمن قيمته وعليه الفتوى كذا في الظهيرية والخلاصة
نقلا عن الفتاوى ثم قال في الخلاصة نقلا عن فتاوى القاضي الامام رجل
ساوم رجلا بقدح فقال لصاحب القدح ارم الي فدفع اليه فوقع من يده
على اقداح فانكسرت لا يضمن القابض المدفوع اليه لانه قبضه على سوم الشراء

من غير بيان الثمن فلا يضمن وعليه ضمان الاقداح التي انكسرت بفعله ثم قال والمقبوض
على سوم الشراء لا يكون مضمونا الا بعد بيان الثمن في ظاهر الرواية فعلم منه انه
يضمن مطلقا في غير ظاهر الرواية وعلى ظاهر الرواية هل يكفي ذكره من جانب
البايع وحده او لا بد من ذكره في جانب المشتري ايضا فذكر الطرسوسي في
انفع الوسائل ان المراد بذكر الثمن في المقبوض على سوم الشراء ذكره من جانب
المشتري لا من جانب البايع وحده واستدل عليه بمسئلة القنية قال فيها عن
البح قال له هذا الثوب لك بعشرة دراهم فقال هاته حتى انظر اليه او قال حتى
اريه غيري فاخذه على هذا وضاع منه فلا شيء عليه ولو قال هاته فان
رضيته اخذته بعشرة فضاع فهو على ذلك الثمن ثم قال فيها اخذ منه ثوبا
وقال ان رضيته اشتريته فضاع فلا شيء عليه ولو قال ان رضيته اخذته
بعشرة فعليه قيمته ولو قال لصاحب الثوب هو بعشرة فقال المساوم
هاته حتى انظر اليه فقبضه على ذلك فضاع لا يلزمه شيء لانه اخذه على
وجه النظر فظهر من هذه المسائل ان المراد ذكر الثمن من جهة المساوم لا من
جهة البايع فقط حيث لم يجعل ذكر البايع وحده موجبا للضمان قالوا وهذا
من الطرسوسي خطاء لان بيان الثمن من جهة البايع وحده اذا اخذه المساوم
بعده على ذلك الوجه يكفي في الضمان المقبوض على سوم الشراء ومنشا غلطه
عدم الفرق بين المقبوض على سوم الشراء وبينه على سوم النظر وما في القنية
في المقبوض على وجه النظر لا على وجه الشراء على ما هو الظ من المسائل المذكورة
من القنية كيف وقد صرح به في تعليل المسئلة الاخيرة كما ترى ويدل على
الفرق المذكور ما ذكره في التاتارخانية رجل طلب من رجل ثوبا ليشتري
فاعطاه البايع ثلاثة اثواب فقال هذا بعشرة وهذا بعشرين وهذا بثلاثين
فاحمل الثياب الى منزلك فاي ثوب ترضى بعته منك فحمل الثياب فاحترق
الثياب عند المشتري قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل ان هلك
الكل جملة او على التعاقب ولا يدري الذي هلك اولا والذي بعده ضمن المشتري
ثلث ثمن كل ثوب وان عرف الاول لزمه ثمن ذلك الثوب والثوبان امانة عنده

وان

وان هلك الثوبان وبقي الثالث فانه يرد الثالث لانه امانة عنده واما الثوبان
يلزمه نصف ثمن كل ثوب منهما اذ كان لا يعلم ايهما هلك اولا وان هلك واحد
وبقي ثوبان يلزمه ثمن الهالك ويرد الثوبين وان احترق الثوبان وبعض
الثالث ثلثه او ربعه ولا يعلم ايها احترق اولا يرد ما بقي من الثالث ولا يلزم
نقصان الحرق بقدره ويلزمه نصف ثمن كل واحد منهما انتهى فهذا صريح في
ان تسمية الثمن من البايع يكفي في ضمان المقبوض على سوم الشراء ثم المقبوض على
سوم الشراء مضمون بعد تسمية الثمن واذا شرط المشتري اذ لا ضمان عليه
على ما صرح به في البحر والنهر والوكيل بالشراء هل هو مثل المشتري في القبض
على سوم الشراء ففي الخانية الوكيل بالشراء اذا اخذ الثوب على سوم الشراء فاراه
الموكل فلم يرض الموكل ورده عليه فهلك عند الوكيل قال الشيخ الامام محمد بن الفضل
ضمن الوكيل قيمته ولا يرجع بها على الموكل الا ان يامره الموكل بالاخذ على سوم الشراء
فح اذا ضمن الوكيل يرجع على الموكل انتهى فعلم منه ان الوكيل بالشراء كالمشتري في
القبض على سوم الشراء في وجوب الضمان عليه واما مقبوض الرسول ففي الخلاصة
نقلا عن المنتقى لو ان رجلا بعث رسولا الى بزاز ان ابعث الي بثوب كذا فبعث
اليه البزاز مع رسوله او مع غيره فضاع الثوب قبل ان يصل الى الامر وتصادقوا
على ذلك لا ضمان على الرسول وبعد ذلك ان كان الرسول رسول الامر فالضمان
على الامر وان كان رسول رب الثوب لا ضمان على الامر حتى يصل اليه فاذا وصل
اليه الثوب فهو ضامن الا يرى ان رجلا لو ارسل رسولا الى رجل فقال ابعث الي
بعشرة دراهم قرضا فبعث بها مع رسوله فالامر ضامن لها اذا اقر بان رسوله
قد قبضها فان بعث بها مع غيره لا ضمان على الامر حتى يصل اليه وكذا لو كان له
على رجل دين فبعث اليه رسولا ان ابعث الي بالدين الذي لي عليك فان بعث
اليه مع رسول الامر فهو من مال الامر وان بعث اليه مع رسوله فهو من مال
المديون وقول الداين ابعث بها مع فلان ليس برسالة فاذا هلك هلك على المديون
بخلاف قوله ادفعها لفلان فانه رسالة فاذا هلك هلك على الداين كذا في
وكالة الاشباه وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع ويمنع

خروج الثمن عن ملكه بالاتفاق كما مر في عديله وعلم من هنا ان الخيار اذا كان لهما
لم يخرج المبيع عن ملك البايع والثمن عن ملك المشتري فان هلك المبيع في مدة
الخيار او بعدها في يده لزم الثمن فان الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب وقد تقرر
ان المبيع اذا دخله عيب يمتنع الرد واذا امتنع لزم العقد فيلزم الثمن المسمى بخلاف ما
اذا كان الخيار للبايع لان الخيار اذا كان له يهلك المبيع والبيع موقوف غير لازم
فيلزمه القيمة وكذا اي يلزمه الثمن لو تعيب في يد المشتري لما ذكرناه والمراد عيب
لا يرتفع كقطع اليد وان كان يرتفع كالمرض فهو على خياره فان لم يرتفع في المدة
لزم العقد لامتناع الرد عليه وانما امتنع الرد بالعيب لانه صار ممسكا ببعضه
فلو رده لزم تفرق الصفقة على البايع قبل الاتمام وذا لا يجوز اطلق التعيب فشمل
ما عيبه المشتري او ما عيبه الاجنبي وبافة سماوية وبفعل المبيع نفسه كذا في
البحر ولم يذكر حكم الزيادة في المبيع في يد المشتري في مدة الخيار ولا بد منه
فاعلم ان الزيادة لا يخلو اما ان كانت متصلة او منفصلة وكل واحد منهما على
وجهين اما ان تكون متصلة متولدة من الاصل كالكبر والسمن والجمال او غير متولدة
كالصبغ في الثوب والسمن في السويق والبناء في الساحة والمنفصلة المتولدة
من الاصل كالولد والعقر والارش والثمر والصوف وغير المتولدة من الاصل
كالكسب والغلة والهبة والصدقة فان كانت الزيادة متصلة متولدة من
الاصل فانها لا تمنع الرد والفسخ فلا يلزمه الثمن بل على خياره وان كانت متصلة
غير متولدة فانه ينقطع حق البايع لحق المشتري فيلزمه الثمن الا ان يرضى
فسخه ورده اسقاطا لحقه فيرده الا ان كانت تلك الزيادة عيبا وان كانت
الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد له ان يردهما جميعا ولا يلزمه
الثمن ولو هلك هذه الزيادة في يد المشتري لا يضمن ويغرم نقصان الولادة
ولو استهلكها المشتري يضمن ولو هلك المبيع والزيادة قائمة فللبايع ان يسترد
الزيادة ويأخذ من المشتري قيمة المبيع وقت القبض ولو كانت الزيادة منفصلة
غير متولدة كالهبة فللبايع ان يسترد المبيع مع هذه الزيادة اي رد المشتري
ولا يلزمه الثمن ولو هلك الزيادة في يد المشتري لا يضمن وان استهلكها فكذلك

عند ابي ح وعندهما يضمن ولو استهلك المبيع والزوائد قائمة في يد المشتري تقرر عليه ضمان
المبيع وبقيت الزوائد للمشتري بخلاف الزوائد المتولدة هذا حكم الزيادة واما حكم
النقصان فاذا انتقص المبيع في يد المشتري ان كان النقصان بافة سماوية
فللبايع ان يأخذه مع ارش النقصان وكذا اذا كان النقصان بفعل المشتري
او بفعل المعقود عليه وان كان بفعل الاجنبي فالبايع بالخيار في الارش ان شاء
اخذه من الجاني والجاني لا يرجع على المشتري وان شاء اتبع المشتري والمشتري
يرجع على الجاني كما في الغصب كذا في الخلاصة الا انه اي المبيع الخارج عن البايع
لا يدخل في ملك المشتري وكذا لا يدخل الثمن الخارج عن يد المشتري في ملك
البايع عند ابي ح خلافا لهما لان احد البدلين لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في
ملك الاخر يكون زائلا لا الى مالك ولا اصل له في الشرع ولابي ح انه لما خرج احد
البدلين عن ملكه فلو دخل الاخر الخارج عن يد صاحبه في ملكه لزم اجتماع
البدلين في ملك شخص واحد ولا اصل له ايضا في الشرع بخلاف المدبر
اذا غصبه وضمن قيمته لصاحبه فانه يملك الضمان ولم يخرج المدبر عن ملكه ايضا
لانه ضمان جناية وكلامنا ليس فيه والترجيح معه لان الخيار شرع نظرا له لينظر
فيه انه هل يوافق غرضه او لا فلو دخل في ملكه ربما يفوت ذلك كما اذا اشترى
قريبه لانه يعتق عليه فيعود على موضعه بالنقض وزوال الملك عن يد مالك
لا الى مالك من العباد واقع في الشرع كعبيد الكعبة وسائر الاوقاف يخرجون عن
ملكهم ولا يدخلون في ملك احد عند الشراء للكعبة والوقف فان متولي الوقف
اذا اشترى شيئا للوقف يخرج عن ملك صاحبه ولا يدخل في ملك احد وكونه في
الوقف لا يضر في التنظير ثم ذكر فروعا على اصل ابي ح احدها قوله فلو اشترى
زوجته بالخيار ثلاثة ايام لا يفسد النكاح عنده لما مر ان خيار المشتري يمنع
دخول المبيع في ملكه والثاني قوله وان وطئها في مدة الخيار فله ردها على البايع
لانه اي الوطء بالنكاح لعدم فساده لا بملك اليمين لعدم دخولها في ملكه فلا يسقط
الخيار فان وطئ البكر في المدة يسقط الخيار ولا يرانها النقصان بالعيب فلا يملك
ردها هذا في زوجته لان المشتراة ان لم تكن زوجته لا يفصل فيه بين كونها

بكرا او ثيبا في انه يكون مختارا للبيع بالوطي والجماع سواء نقصها الوطي او لم ينقصها
عليها في الكفاية والثالث قوله ولو ولدت يعني اشترى زوجته بالخيار وهي حبلى
منه وولدت في يد البايع قبل قبض المشتري في مدته لا تصير ام ولده لعدم
دخوله في ملكه عنده فيملك الرد لبقاء الخيار وكذا لو اشتراها بالخيار بعد الولادة
منه في يد البايع لا تصير ام ولد له في مدة الخيار على ما في النهاية وانما قلنا قبل
القبض لما في النهاية انه اذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في
مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط لان الولادة عيب في بني
ادم فلا يملك ردها بعد ما تعيب عنده بشرط الخيار وصارت ملكا للمشتري
من حين العقد بطريق الاستناد فالولادة وقعت في ملكه فتصير ام ولده
وبهذا يندفع ما قيل ان الولادة نفسها ليست بعيب بل سبب للعيب والملك مع
العيب والولادة سابقة عليه لكونها سببا له فيتقدم عليها معها ايضا اعني الملك
فلا يكون الولادة واقعة في ملكه فلا تصير ام ولد له والرابع قوله ولو اشترى
قريبه بر اي بالخيار والخامس قوله او اشترى عبدا بعد قوله ان ملكت عبدا فهو حر
لا يعتقان كل من القريب والعبد في مدته لعدم دخولهما في ملكه عنده بخلاف
ما اذا قال ان اشتريت عبدا فهو حر حيث يعتقان عليه لانه يصير كالمنشي للعتق بعد
الشراء لان المعلق بالشرط كالمرسل عنده ولو انشأ العتق بعد الشراء بالخيار
عتق فكذا هذا وانما لا يقع عن الكفارة اذا نوى عنها وقت الشراء لانه انما جعل
كالمنشي له لضرورة تصحيح قوله فهو حر فلا يتعدى الى الوقوع عن الكفارة لعدم
الضرورة فيها والسادس قوله ولا يعد حيض الامة المشتراة بر اي بالخيار في
مدة من الاستبراء لعدم دخوله في ملكه عنده ويعد عندهما منه والسابع
قوله ولا استبراء على البايع ان ردت الامة عليه بر اي بالخيار سواء ردت
قبل القبض او بعده لعدم الدخول ايضا والثامن قوله ولو قبض المشتري بر اي
بالخيار المبيع باذن البايع ثم اودعه عنده اي عند البايع فهلك عند البايع في
مدة الخيار او بعدها فهو اي الهلاك على البايع لارتفاع القبض بالرد اذ الوديعة
غير صحيحة عنده لعدم الملك عنده واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض

فيكون

فيكون على البايع والتاسع قوله ولو اشترى العبد المأذون شيئا بر اي بالخيار فابراه
بايعه عن ثمنه في مدة الخيار بقي خياره مع صحة الابراء عليهما في الكافي حتى لو اختاره
بعد الابراء كان المبيع له بلا ثمن وله الرد على البايع لانه اي جواز الرد يلي عدم التملك
وقد وجد ذلك بحكم الخيار عنده فان شاء يرده وان شاء اجاز البيع ويأخذ المبيع
بلا ثمن لصحة الابراء وفي النهاية ولو كان المشتري حرا والمسئلة بحالها ان يرده
بخيار الشرط وان ابراه من الثمن في قولهم جميعا لان الحر حين يصح تمليكه ببدل
وبغير بدل والعاشر قوله ولو اشترى ذمي من ذمي خمرا اي بخيار من المشتري فاسلم
اي المشتري بعد القبض لانه لو اسلم قبل القبض بطل البيع في جميع الصور على ما سياتي
في مدته اي مدة الخيار بطل شراؤه وخياره جميعا كيلا يملكها مسلما بالاجازة
اي باسقاط الخيار وتملك المسلم بالخمر ابتداء لا يجوز ولو اسلم البايع والخيار للمشتري
بقي على خياره بالاجماع ولو ردها المشتري عادت الى ملك البايع لان العقد من
جانب البايع بات فان اجازه المشتري صار له وان فسخ صار الخمر للبايع والمسلم من
اهل ان يتملك الخمر كما كان في الارث ولو كان الخيار للبايع فاسلم هو بطل البيع لان
المبيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لا يبعد ان يملك الخمر ولو اسلم المشتري لا يبطل العقد والبايع
على خياره لان العقد من جهة المشتري بات فان اجاز العقد صار له لان المسلم من
اهل ان يملك الخمر حكما وان فسخه كان للبايع وهذا كله فيما اذا اسلم احدهما بعد القبض
والخيار لاحدهما وان اسلم قبل القبض بطل في الصور كلها سواء كان البيع باتا او
بشرط الخيار لاحدهما او لهما لان للقبض شبها بالعقد من حيث انه يفيد ملك التصرف
فلم يملكه بعد الاسلام وان اسلم احدهما او كلاهما بعد القبض وكان البيع باتا لا يبطل
لانه قد تم بالقبض بخلاف ما اذا كان بشرط الخيار على ما مر كذا في الزيلعي وزاد فيه
مسائل ثلاث اخرى احديها مسلم اشترى من مسلم عصيرا بشرط الخيار فتخمر العصير
في المدة فسد البيع عنده وتم عندهما والثاني حلال اشترى صيدا بشرط الخيار
فقبضه ثم احرم والصيد في يده ينتقض البيع ويرده الى البايع عنده وقالا يلزم
المشتري ولو كان الخيار للبايع ينتقض في قولهم جميعا فان كان الخيار للمشتري
فاحرم البايع فللمشتري ان يرده والثالث لو اشترى دارا هو ساكنها باجارة او اعارة

فاستخدام السكنى بعد الشراء لا يكون اختيارا عنده وعندهما اختيار لانه ملك العين
فكان سكنا بحكم ملك العين هذا وما ذكره من المسائل العشرة في قول ابح خلافا لهما
في الجميع لما مر من اصلهما من ان خيار المشتري لا يمنع دخول المبيع في ملكه عندهما فاذا
دخل في ملكه يترتب عليه الاحكام المذكورة في تلك المسائل فيفسد نكاح زوجته
المشتراة بالخيار لعدم جواز اجتماع ملك العين مع ملك اليمين ولا يردها على البايع
بوطئها لان الوطي بملك العين لا بملك اليمين لفساد النكاح وتصير ام ولده ويعتق
عليه قريبه الذي اشتراه بالخيار بعد قوله ان ملكت لدخوله في ملكه وكذا عبد
اشتراه بالخيار بعد قوله ان ملكت وبعد الحيض في المدة من الاستبراء وعلى
البايع الاستبراء بعد الرد عليه لتجدد الملك والهلاك على المشتري بعد القبض
ويبطل خيار الماذون ومن اسلم بعد الشراء فلا يملك الرد ومن له الخيار من البايع
والمشتري وغيرهما يجيز البيع في مدة الخيار بحضرة صاحبه وغيبته اي بعلم صاحبه
وعدم علمه لانه اسقاط حقه من الخيار فلا يشترط فيه حضور الخصم كالطلاق
والعتاق واعلم ان الاجازة من له الخيار بالقول او بالفعل لا يتوقف على علم صاحبه
بالاتفاق لكونه اسقاطا واما فسخه وان كان بالفعل على ما سياتي بيانه فلا يتوقف
على علم صاحبه ايضا بالاتفاق وان كان بالقول ففيه خلاف مالك والشافعي
وابي يوسف على ما اشار اليه بقوله ولا يفسخ اي من له الخيار الا بحضرته اي بعلمه
فلو فسخ بغيبته فبلغه الخبر في المدة تم الفسخ لحصول العلم به في المدة ولو بلغه
بعد مضي المدة تم العقد هذا عند ابح ومحمد خلافا لابي يوسف لان من له الخيار
مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة والفسخ
بالفعل ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع فان له ان يتصرف فيما وكل
به بلا علم الموكل لكونه مسلطا من جهته ولهما ان الفسخ تصرف في حق الغير بالرفع
وذلك لا يعرى عن الضرر اما اذا كان الخيار للبايع فلان المشتري عساه يعتمد
تمام البيع السابق فيتصرف فيه بعد مدة الخيار والحال ان البايع قد فسخ البيع
قبل مضي المدة من غير علمه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع وقد يكون القيمة
اكثر من الثمن واما اذا كان الخيار للمشتري فالبايع عسى يعتمد بتمامه فلا يطلب

لسلعته

لسلعته مشتريا اخر وقد يكون المدة ايام رواج بيع المبيع وفي ذلك ضرر لا يخفى والتصرف
المشتمل على ضرر الغير يتوقف على علمه كما في عزل الوكيل وحجر العبد الماذون له عن
التصرف وفراق الشريك ونهي المضارب عن التصرف والقياس على الاجازة فاسد
لقيام الفارق وهو الزام الضرر ولا ضرر فيها اذ هو موافق له فيها وكذا القياس
على الفسخ بالفعل لانه حكمي ولا يشترط العلم في الحكمي ولا نسلم انه مسلط على الفسخ
من جهة صاحبه لان التسليط على الشيء ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتمليك
من غير المالك بخلاف المتولي للوقف فانه مالك من وجه فيملك التمليك وعدم اشتراط
الرضاء لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان مبنى الالزام على العلم لا على الرضاء وكون
الرضاء مما لا بد منه في البياعات لانه لا الزام فيها فان قيل ان ما ذكرتم من الزام
الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكنه عندنا ما ينفيه وهو انه لو لم ينفرد بالفسخ
لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى
واجيب بانه ضرر رضي به حيث ترك الاستيثاق باخذ الوكيل مخافة الغيبة اقول
فيه نظر من وجهين احدهما ان الضرر السابق ضرر مرضي ايضا حيث رضي بشرط
الخيار مع علمه بمؤداه وحيث ترك الاستقصاء والاستكشاف والثاني ان
مخافة الغيبة والاختفاء جائز في الكفيل ايضا فليس في اخذه فائدة واعلم ان
مدار دليل ابح ومحمد على لزوم العلم في الفسخ الزام ضرر زائد غير مرضي به على ما
ذكروه ويرد عليه بوجوه احدها ان في الطلاق واعتاق العبد المشترك والعفو
عن القصاص ما لا يخفى من الزام الضرر الزائد الغير المرضي على الغير مع انها جائزة
من غير اشتراط العلم فيها والثاني ان الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم المرأة وان
لم تعلم هي والثالث ان اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم
به الزوج والرابع ان اختيار الامة المعتقة الفرقة يلزم الزوج وان لم يعلم الزوج
وفيه الزام الضرر والخامس ان اختيار المالك عقد الفضولي يلزم العاقدين
بلا علم وفيه الزام الضرر عليهما واجيب عن الاول بان كلا من الطلاق والعتاق والعفو
اسقاط وما هو كذلك ليس فيه الزام شيء كاسقاط الحمل عن الدابة اقول فيه نظر
لان الفسخ ايضا اسقاط العقد وازالة له وما هو كذلك ليس فيه الزام ممنوع

كيف وان في الطلاق الزام الطلاق العدة على المراة وفي اعتاق العبد المشترك الزام الغرم
على الشريك وفي العفو على سائر الاولياء وعن الثاني بان الرجعة ليس فيها الزام
لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى يكون الرجعة الزام امر جديد سلمناه ولكن ليس
فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالي النعم فاستدامته بالرجعة حتى لا يكون ضررا وفيه
ايضا نظر لانه يكون في الطلاق الزام ضرر عظيم لرفعه عوالي النعم فكيف يصح ما قالوا
ليس في الطلاق الزام شئ وعن الثالث بانه لا الزام فيه بل ذلك بالتزامه او لانه
لا ضرر فيه فان الايجاب حصل منه ولو كان ضررا لما اقدم عليه او لانه غير زائد
على موجب التخيير وفيه ايضا نظر لان هذه الاجوبة الثلاث جارية في ضرر الفسخ ايضا
فانه بالتزامه شرط الخيار ولو راى ضررا لما اقدم عليه وانه غير زائد على موجب شرط
الخيار وعن الرابع بانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار وهو مرضي بالاقدام
على سببه وهو النكاح وفيه ايضا نظر لما ذكر آنفا من ان ضرر الفسخ ضرر مرضي وانه
غير زائد وعن الخامس بانه امتناع عن العقد لا الزام منه فيه ان كونه امتناعا
لا ينافي الزام الضرر على الغير فظهر من هنا قوة قول ابي يوسف دراية ورجحه ابن
الهمام ثم اذا شرط العلم عندهما فان فسخ بلا علم صاحبه وعلم صاحبه به اي بالفسخ
في المدة الفسخ لحصول علمه به والا اي وان لم يعلمه في المدة تم العقد لوجود المقتضي
وانتفاء المانع وعلمه بعد مضي المدة لا يغير تمام العقد وقال الزيلعي والحيلة فيه ان
ياخذ منه وكيلا حتى اذا بدا له الفسخ رده عليه وقال بعضهم انه لو رفع الامر الى
القاضي واعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه صح الرد عليه وذكر الكرخي ان خيار
الرؤية على هذا الخلاف ايضا وفي خيار العيب لا يصح الفسخ بغير علم صاحبه بالاجماع
لانه لا يثبت الا بالقضاء وتم العقد ايضا اي كما يتم بالاجازة بموت من له الخيار من البائع
او المشتري او غيرهما بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار اي من لا خيار له فان الخيار
باق فيه بالاجماع وقال الشافعي لا يتم العقد بموت من له الخيار بل ينتقل الخيار الى الوارث
كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار عرض لا يبقى زمانين فلا ينتقل لانه عبارة
عن الارادة والمشية والارث انما يجري فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث
ينقل الاعيان الى الوارث فان قيل قال عم من ترك مالا او حقا فلورثته والخيار حق

فيكون

فيكون لورثته قلنا لا نسلم ثبوت لفظ الحق في الحديث بل الثابت فيه لفظة مالا فقط
على ما صرح به ابن الهمام ولو سلم لكن المراد هو الحق القابل للانتقال بدليل قوله فلورثته
والخيار ليس كذلك لعدم بقائه فلا يعارض بما ذكرناه فان قيل يعارضه ان المالكية
عرض كالخيار مع انها ينتقل الى الوارث قلنا لا نسلم ثبوت المالكية للوارث بطريق الانتقال
بل تثبت ابتداء ولو سلم لكن المنتقل اليه هو العين المملوك والمالكية انما ينتقل ضمنا
فلا معتبر به في الشرع فان قيل فليكن خيار الشرط ايضا كذلك في ضمن انتقال
المبيع بالخيار الى الوارث قلنا الخيار ليس من لوازم المبيع حتى ينتقل بانتقال المبيع
بل الاصل عدمه بخلاف المالكية فانها من لوازم المملوك والمالك بخلاف خيار
العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث وخيار التعيين يثبت للوارث
ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا ان الخيار يورث على ما سياتي فان قيل اذا تم
العقد بموت من له الخيار يملك الوارث المبيع والحال ان المورث غير مالك له
بالخيار قلنا لا نسلم انه غير مالك بل هو مالك ايضا لوجود الموجب وهو العقد
لكن المانع وهو الخيار يمنع عمله فاذا بطل المانع في حق الوارث ظهر اثر الموجب
ولا يخفى عليك ان هذا من قبيل تخصيص العلة والمخلص معروف وكذا يتم العقد
بمضي المدة بلا فسخ لانه بمضيها يبطل خياره ومن ضرورة بطلان الخيار تمام
العقد لزوال المانع وبالاخذ بشفعة بسبب المبيع يعني اشترى دارا بخيار الشرط
فبيع دار اخرى بجنبها في مدة الخيار فاخذها المشتري بالشفعة فذلك الاخذ رضاء
يسقط به الخيار بالاتفاق اما عندهما فلان المبيع يدخل في ملك المشتري عندهما
فله الاخذ بالشفعة فيسقط خياره واما عنده ح فلان الاخذ بالشفعة
يستلزم طلبها وطلبها يستلزم دفع ضرر الجار ودفع الضرر يستلزم استدامة
الملك واستدامة الملك يستلزم الملك والملك يستلزم سقوط الخيار سابقا
عليه وسقوط الخيار يستلزم تمام العقد فالشفعة يستلزم تمام العقد بهذه
الوسائط لان هذه قياس المساوات منتجة في مادة الاستلزام فثبت الملك له من
وقت الشراء بطريق الاستناد هذا وقد يقال ان المشتري بالخيار وان لم يكن مالكا لها
رقبة الا ان حق التصرف فيها وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة كالماذون المستغرق

بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبته
دارهما بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع فان المشتري لم يصر لحق بالتصرف فيها
بخلاف خيار الرؤية حيث لا يبطل باخذ الشفعة كما لا يبطل بالصريح بان قال
ابطلت خيار الرؤية لانها تحتاج الى الرؤية وبكل ما يدل على الرضا كالركوب لغير الاختبار
اي الامتحان من الخبر بالباء الموحدة فانه لو ركب لينظر الى سيرها لا يدل على الرضاء
كما لو ركبها ليردها او ليسقيها او ليعلفها والوطي في الجارية والاعتاق وتوابعه
من التدبير والكتابة واعلم ان الخيار يسقط ثلاثة امور احدها الاسقاط صريحا نحو
اسقطت الخيار او ابطلته او اجزت البيع ونحوها والثاني الاسقاط دلالة وهو كل
فعل يوجد ممن له الخيار ولا يحل لغير المالك لانه رضي بالملك مثل الوطي واللمس و
القبلة والنظر الى الفرج بشهوة ومثل الركوب لغير الامتحان ومثل ان يسكن الدار او
اسكنها او بنى فيها وكل فعل لا يثبت حكمه في غير المالك كالعتق وتوابعه والبيع والاجارة
والهبة بعد القبض والرهن والعرض على البيع فان كلها دليل الرضاء ولو داوى
العبد او الدابة او عمر في الساحة او رم شعث الدار او لقح النخيل او حلب البقرة بطل
الخيار لانها دليل الرضاء لكونها خصائص الملك والثالث سقوطه ضرورة كمضي مدة
الخيار وموت من له الخيار من البايع او المشتري او وكيلهما للبيع والشراء او موت
الوصي الذي باع بالخيار ولو جن او اغمي عليه او نام او سكر من الخمر بحيث لا يعلم حتى
مضى المدة الصحيح انه يسقط الخيار ولو افاق في المدة فهو على خياره ولو سكر من
البنج او ارتد فهو على خياره وفي المحيط بلغ الصبي في مدة الخيار بطل الخيار وتم البيع
عند ابي يوسف وعن محمد فيه ثلاث روايات في رواية ينتقل الى الوصي وفي اخرى
لا يلزم الا باجازته في المدة وبعدها وفي اخرى كذلك الا انه يبطل بمضيها وفي
السراج عجز المكاتب وحجر الماذون في المدة كالموت وفي الماذون خلاف محمد واذا
لم يبطل ففيه ان الخيار للماذون وعنه انه للسيد ولو شرط المشتري والبايع و
تخصيصه ليس بجيد الخيار لغيره جاز عندنا وابي يوسف ومحمد استحسانا
والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان الخيار من مواجب العقد فلا يجوز
اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غيره ووجه الاستحسان دلالة ما روينا

في الخيار ولان الحاجة كما تمس لنفس الخيار على العاقدين كذلك تمس على غير العاقدين
ايضا لكونه اعرف للعقد او المبيع فان قيل كيف يصح الحاجة بخيار الشرط دلالة مع
ان شرط الدلالة كون الملحق اولى من الملحق به او مساويا له والملحق فيما نحن فيه انقص
من الملحق به لكون الغير اجنبيا عن العقد اجيب بانا لا نسلم انه اجنبي عنه بل هو نائب
عن العاقد اقتضاء لانه لا وجه لاثباته للغير اصالة فيجعل كانه شرط لنفسه
وجعل الاجنبي نائبا عنه في التصرف اقتضاء تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان وفيه
وفيه بحث من وجوه الاول ان مساس الحاجة الى خيار الغير يصلح وجها لاثبات
الخيار له اصالة فلا وجه الى اثباته بطريق النيابة اقتضاء فيكون اجنبيا عن العقد
والثاني ان شرط الاقتضاء ان يكون المقتضي ادنى منزلة من المقتضى الا ترى ان من
قال لعبد له حنث في يمينه كفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريرا له اقتضاء لان
التحرير اقوى من تصرف التكفير لكونه اصلا فلا يثبت تبعا لفرعه ولا خفاء ان
العاقد اعلى مرتبة فكيف يثبت له الخيار اقتضاء والثالث ان اشتراط الخيار للغير
لو جاز نيابة تصحيحا لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب
الثمن على العاقد اولا ثم على الغير كفالة عنه لذلك والجواب عن الاول ان الذي نفيناه
هو الوجه المعتبر في الدلالة اعني المساواة من كل وجه او الزيادة وفي شرط الخيار
للعاقد مخالفة للقياس من وجه واحد وهو اشتمال العقد للشرط وفي غير العاقد
اصالة هذا وكون المتصرف في العقد بالفسخ والامضاء اجنبيا فلا يحصل المساواة
الا باخراجه عن الاجنبية وذا لا يكون الا بطريق النيابة ولا تاثير فيه لمساس الحاجة
الى خياره وعن الثاني بان الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار
فكان هو الاصل نظرا الى الخيار والعاقد اصل من حيث التملك لا من حيث الخيار
فلا يلزم ثبوت الاصل بتبعية فرعه واما التحرير فانه الاصل في وجوب الكفالة
المالية فلا يثبت تبعا لفرعه وهو التكفير وعن الثالث بان الدين لا يجب على الكفيل
في الصحيح بل هي التزام المطالبة والمذكور ههنا هو الثمن على الاجنبي والمقتضى اسم
مفعول لا يثبت الا لتصحيح المقتضي اسم فاعل ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء
كان المقتضى مبطلا للمقتضي وعاد على موضوعه بالنقض فان قيل فليكن بطريق

الحوالة فإن فيها المطالبة بالدين فالجواب أن المشتري أصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز
أن يكون تابعا لفرعه وهو المحال عليه ويجاب بهذا عن اعتراض الكفالة أيضا تأمل
وأيهما أي من المشتري ومن ذلك الغير أجاز العقد أو فسخ صح لأن لكل منهما خيارا على
ما ذكرناه فيكون لكل منهما حق الإجازة والفسخ وإن أجاز واحد وفسخ الآخر اعتبر
السابق لعدم المزاحم فإن كان معا فالفسخ سواء كان من العاقد أو من الغير وهو
رواية كتاب المأذون من المبسوط وفي رواية بيوع المبسوط يعتبر تصرف العاقد
فسخا كان أو إجازة وجه الأول أن الفسخ أولى لأن المجاز يلحقه الفسخ كما لو أجاز والمبيع
هلك عند البائع والمفسوخ لا يلحقه الإجازة فإن العقد إذا انفسخ بهلاك المبيع عند
البائع لا يلحقه الإجازة والأخفاء في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك
نظيره نكاح الحرة والأمة إذا وجدا معا ينفذ نكاح الحرة لأنه أقوى لوروده على
نكاح الأمة دون العكس ولأن الفسخ محرم والإجازة مبيح وإذا تعارض المحرم والمبيح
يقدم المحرم فإن قيل إذا لاقى من له الخيار غيره فتناقضا البيع ثم هلك المبيع عند
المشتري قبل قبض البائع بحكم الإقالة فإن على المشتري الثمن إذا كان الخيار له والقيمة
إن كان للبائع فكان ذلك فسخا للفسخ وهو إجازة للمفسوخ أجيب بأن الكلام في
أن الإجازة لا يلحق المفسوخ وما ذكرتم فسخ لا إجازة ووجه الثاني أن تصرف
العاقد أولى وأقوى لكونه أصلا والأقوى يقدم على غيره قيل الأول قول أبي يوسف
والثاني قول محمد ويدل عليه ما نقل عنهما أنه إذا باع الوكيل من أحد والموكل من
غيره معا فمحمد اعتبر تصرف الموكل لكونه أصلا وأبو يوسف اعتبر تصرفهما ويجعل العبد
مشتركا بينهما بالنصف وكل من المشتريين إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن وإن شاء
نقض البيع على ما في العناية ولو باع عبدين بالخيار في أحدهما بخلاف ما إذا باع عبدا
واحدا أو كيليا أو وزنيا على أنه بالخيار في نصفه فإنه يصح مطلقا عين النصف
وفصل الثمن أو لا لأن نصف الشيء الواحد لا يتفاوت فقيمته أيضا لا يتفاوت
فإذا كان ثمن الكل معلوما كان ثمن النصف أيضا معلوما فالمبيع معلوم والشيوع
لا يمنع الجواز على ما صرح في الكافي فإن عينه أي محل الخيار وفصل ثمن كل بأن
قال بعت هذين العبدين بألفين كل منهما بألف على أني بالخيار في هذا ثلاثة أيام صح

لأن كل واحد من المبيع والثمن معلوم واشتراط قبول العقد في محل الخيار لقبوله في
الآخر ليس بمفسد لأن محل الخيار داخل في العقد لصلاحيته له وإن لم يدخل
في الحكم فلا يكون مفسدا كما إذا جمع بين القن والمدبر في البيع فإن المدبر محل للبيع
فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدا للعقد في الآخر بخلاف ما إذا جمع بين حر
وقن فإن الحر ليس بمحل للبيع أصلا فلم يكن داخلا لا في العقد ولا في الحكم فيكون
مفسدا ولأنه شرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون
مفسدا وإن كان مما لا يقتضيه العقد وإلا فلا يصح وذلك على ثلاثة أوجه
أن لا يعين ولا يفصل وأن لا يعين ويفصل وأن لا يفصل ويعين ووجه الفساد
في الأول جهالة كل من المبيع والثمن وفي الآخرين جهالة واحد منهما وقال القاضي
الإمام أبو زيد في الوجه الثالث أن العقد صحيح في غير محل الخيار ولو فسخ العقد
في محل الخيار المعين يبقى في الآخر على الصحة لأن العقد منعقد لتناول الإيجاب
كليهما لكونهما محلا للبيع والتسمية صحت جملة إلا أن الخيار عارض العقد في الحكم
فمنع ثبوت الحكم في أحدهما فعمل الإيجاب في الآخر ووجب حصته من الثمن
بعد أن صحت تسمية جملة الثمن فكانت الجهالة عارضة فلا يمنع الجواز كما في
بيع القن والمدبر قلنا إن الحكم لما انعدم في محل الخيار بنص قائم من كل وجه
وهو الخيار لزم انعدامه من كل وجه لأن العقد لا ينعقد إلا لحكمه فصار الإيجاب
في حق الحكم في محل الخيار بمنزلة العدم كما في بيع الحر فيبقى الإيجاب في حق الآخر
بحصته من الثمن ابتداء فلا يجوز بخلاف المدبر مع القن فإن الإيجاب يتناولهما وامتناع
الحكم فيه لضرورة صيانة حقه من العتق لا بنص قائم يمنع ثبوت الحكم فيه والثابت
ضرورة لا يظهر حكمه في غير موضع الضرورة فيبقى الإيجاب متناولا له فيما وراء
هذه الضرورة ثم شرع في بيان خيار التعيين قال ويجوز خيار التعيين
بالاتفاق للمشتري وأما للبائع ففيه خلاف فذكر الكرخي في مختصره أنه يجوز
قياسا على المشتري وذكر في المجرد أنه لا يجوز لأن جوازه للمشتري ثبت على خلاف
القياس لضرورة حاجته فلا يقاس عليه غيره ولأنه لا حاجة للبائع إليه وذكر
في الفصولين يجوز خيار التعيين في جانب البائع كما يجوز في جانب المشتري

وللبايع ان يلزم ايهما شاء على المشتري ويأخذ الآخر فان هلك احدهما في يد المشتري فله ان
يلزمه ايهما شاء وان هلك احدهما او تعيب في يد البايع قبل التسليم الى المشتري فله
ان يلزمه الباقي و التسليم لا الهالكة و المعيب الا ان يرضى المشتري فان الزمه المعيب
ولم يرض فليس له ان يلزمه الآخر بعده ولو قبضهما المشتري وخيار التعيين للبايع
فهلكا فالبيان بحاله فان مات البايع فالخيار لورثته وكذا لو مات المشتري
والخيار له فلورثته خيار التعيين لا الشرط لان خيار التعيين يورث لا خيار
الشرط وان تعيب احدهما في يد المشتري والخيار للبايع فله الزامه ذلك ولو
اخذه البايع كذلك فلا شيء له على المشتري من ضمان نقصانه ولو كان الخيار
للمشتري وهلك احدهما في يد البايع اخذ المشتري الباقي ان شاء واعلم انهم
ذكروا الخيار التعيين صورتين احدهما انه شرى بالخيار ثلاثة ايام فاراد رده
على بايعه بحكم الخيار فقال البايع ليس المبيع هذا وقال المشتري هو ذلك فالقول
للمشتري مع يمينه لانه قابض والقول للقابض في قدر المقبوض وتعيينه وصفته
واستشكله بعض مشايخنا بما لو اشترى شيئا وقبضه ثم اراد رده على البايع
بعيب وقال البايع المبيع غير هذا وقال المشتري هو هذا يصدق البايع بيمينه
لا المشتري مع انه قابض واجاب عنه بقوله الحق ان يفصل بان القول للمالك
في تعيينه اذا وجد التمليك والا فالقابض كتعيين المغصوب وزق العسل
في مسئلة الاختلاف هذا فيما اذا قبضه المشتري ولو لم يقبضه والخيار له
فاراد ان يجيز البيع ويأخذ المبيع من يد البايع فقال البايع ليس المبيع هذا وقال المشتري
هو هذا فقالوا ينبغي ان يكون القول للبايع كما لو ادعى بيع هذا وانكر البايع البيع
اصلا وان كان الخيار للبايع فان كان مقبوضا فاراد البايع اخذه فقال المشتري
هو هذا وقال البايع ليس هذا فالقول للمشتري مع يمينه ولو لم يكن مقبوضا
فاراد البايع الزام البيع في عين فقال المشتري ما اشتريت هذا فالقول للمشتري
وثانيهما ما ذكره بقوله وهو بيع احد شيئين او ثلاثة على ان يأخذ المشتري ايا شاء
ويرد الآخر في ثلاثة ايام ولا يجوز في الاكثر من ثلاثة والقياس ان لا يجوز في
الاثنين والثلاثة ايضا وهو قول زفر والشافعي لجهالة المبيع جهالة مفضية الى

النزاع

النزاع لتفاوت الاشياء في نفسها ووجه الاستحسان ان خيار الشرط انما شرع
لمساس الحاجة الى دفع الغبن والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة ايضا لانه
ربما يحتاج الى اختيار من يثق به او من يشتري لاجله ولا يمكن البايع من الحمل اليه
الا بالشراء لئلا يكون امانة عنده فكان في معنى ما ورد به الشرع فيلحق به غير
ان الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والردي والوسط فيها والجهالة
لا تفضي الى المنازعة لتعيين من له الخيار وهو المشتري لانه مستبد بالتعيين
لكون الامر مفوضا اليه بلا منازع وكذا لا تفضي اليها في الاربع ايضا الا ان
الحاجة التي هي جزء علة الجواز غير متحققة فيها لاندفاعها بالثلاث والحكم لا يثبت
الا بتمام العلة وثبوت هذه الرخصة بمجموع الحاجة وكون الجهالة غير مفضية
الى النزاع ويتقيد تخيره بخيار التعيين بمدة خيار الشرط على الاختلاف السابق
في خيار الشرط بين ابي ح وصاحبيه اعلم ان محمدا ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير
وقال وهو بالخيار ثلاثة ايام وذكر في الجامع الكبير وسكت عن هذا اللفظ
فاختلف المشايخ فيه فقال اكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا
معلوما حتى اذا لم يذكر الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بوقت معلوم ثلاثة
ايام فما دونه عند ابي ح وزيادة على ذلك عندهما وصححه شمس الائمة السرخسي
وقال بعضهم يصح العقد وان لم يذكر الزيادة اي خيار الشرط صريحا بان يقول
ولي الخيار ثلاثة ايام وذكرها فيما ذكر كان اتفاقا لا شرطا وصححه فخر الاسلام
وجه الاول ان جوازه بطريق الالحاق بخيار الشرط فلا يصح بدونه ووجه الثاني
عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط في الالحاق وبان خيار التعيين
مما لا يتوقت بالتوقيت حتى يجوز له رد احدهما بحكم خيار التعيين في مدة خيار
الشرط وبعدها سواء ذكر خيار الشرط او لم يذكر فلا معنى لاشتراطه بالتوقيت
والمبيع بخيار التعيين واحد من اثنين او ثلاثة والباقي امانة اي عند المشتري
على ما دل عليه تفريع قوله فلو قبض الكل فهلك واحد او تعيب لزم البيع اي
بثمنه فيه اي في الواحد الهالك او المتعيب لانه تعين مبيعا لامتناع الرد على
صاحبه بالهلاك والعيب ولو هلك واحد او تعيب في يد البايع قبل قبض المشتري

فالخيار للمشتري فيأخذ الباقي من البائع بثمنه ان شاء على ما قدمناه و تعين الباقي
للامانة حتى اذا هلك الاخر بعد هلاك الاول او تعيب بغير صنع لا يلزم عليه شيء
من قيمته فان قيل قبض الاخر لا يكون اقل من المقبوض على سوم الشراء وهناك يجب
القيمة عند الهلاك قلنا انه اقل مطلقا منه لان المقبوض على سوم الشراء مقبوض
على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الاخر ليشتريه وقد قبضه باذن
المالك فكان امانة فان قيل لم انعكس الحكم فيما اذا طلق احدى امرأتيه او اعتق
احد عبديه فمات احدهما فالباقية تتعين للطلاق والعتاق دون الهالكة
قلنا انهما بالاشراف على الهلاك خرجا عن محلية الطلاق والعتاق فتعين الباقية
للحكم بخلاف الثوب فانه اذا اشرف على الهلاك لم يخرج عن محلية الرد بالعيب فتعين
لكونه مبيعا فان قيل هذا بالهلاك دفعة بدون الاشراف على الهلاك قلنا انه
انه نادر فلا معتبر به وان هلك الكل لزمه نصف ثمن كل من اثنين او ثلثه اي
ثلث ثمن كل من الثلاثة لعدم اولوية واحد منها لكونه مبيعا فشاع البيع والامانة
فيها ولا فرق بين كون الثمن متفقا او مختلفا على ما في الزيلعي وليس له اي للمشتري
بخيار التعيين رد الكل الا ان ضم اليه اي الى خيار التعيين خيار الشرط فله
رد الكل بحكم خيار الشرط اعلم ان خيار التعيين على القول باشتراط خيار الشرط
لا يخلو من ان يذكر معه خيار الشرط فان لم يذكر فلا بد من توقيته على الخلاف
السابق بين الامام وصاحبيه على ما ذكرناه وان ذكر فيثبت له خيار الشرط
وخيار التعيين معا صراحة فلا فله ان يرد الكل بخيار الشرط في مدته وان
يرد احدهما بخيار التعيين واذا مضت المدة بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما
و يبقى خيار التعيين فيرد احدهما و يختار الاخر وان مات المشتري في مدة
الخيار بطل خيار الشرط و يبقى خيار التعيين للوارث فله ان يرد احدهما
اما بطلان الاول فلانه لا يورث على ما مر واما بقاء الثاني فلانه يورث على ما
اشار اليه بقوله و يورث خيار التعيين والعيب لا الشرط والرؤية ليس معناه
ان نفس الخيار يورث لان نفس الخيار لا يورث اصلا لعدم بقاء العرض حتى
ينتقل والارث لا يجري الا فيما ينتقل بل معناه ان المبيع بخيار التعيين ينتقل الى

الوارث مجهولا فيثبت له خيار التعيين ابتداء بعد سقوطه عن المورث بموته لاختلاط
ماله بمال الغير واما المبيع بخيار العيب فلان المورث استحق المبيع سليما فكذلك
الوارث لقيامه مقامه ولهذا يثبت له الخيار فيما تعيب في يد البائع بعد موت
المورث وان لم يثبت للمورث على ما في الزيلعي واما خيار الشرط والرؤية فلما ذكرنا
ولو اشتريا على انهما بالخيار فرضي احدهما لا يرد الاخر عند الامام خلافا لهما لان اثبات
الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما مستقلا فلا يسقط خيار واحد منهما باسقاط
صاحبه لما فيه من ابطال حقه وللامام ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب
الشركة فلو رده احدهما رده بعيب الشركة وفيه الزام الضرر على البائع والخيار
انما يثبت لمن له الخيار على وجه لا يلحق منه ضرر للغير فان قيل اذا كان في الرد
الزام الضرر على البائع وفي عدم الرد الزام الضرر على من اراد الرد فتعارضا
قلنا ضرر من اراد الرد ولم يكن من الغير بل نشأ من عجزه عن ايجاد شرط الرد
فكان دون ضرر البائع فلا تعارض واثبات الخيار لهما لا يستلزم الخيار لكل
واحد منهما مستقلا الا ترى ان من وكل وكيلين اثبت الوكالة لهما وليس لاحدهما
ان يتصرف بدون الاخر فان قيل ان البائع قد رضي بعيب الشركة بالبيع لهما فلا ضرر
له فيه لكونه مرضيا له اجيب بانه انما رضي بالشركة والتبعيض في ملكهما لا في
ملك نفسه فلا يدل على الرضاء به في ملكه الا يرى ان المشتري لو زوج الامة
المشتراة ثم وجد بها عيبا ليس له ان يردها على البائع لحدوث العيب عنده وهو
التزويج وان حصل بتسليطه ورضاه لما مر من انه انما رضي به في ملك المشتري
لا في ملك نفسه فان قيل هذا العيب حدث عند البائع قبل القبض والعيب
الحادث قبل القبض لا يمنع الرد اجيب بان هذا عيب حدث بفعل المشتري وهو
يمنع الرد وان حدث في يد البائع وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية فيما
اذا اشتريا ورضي احدهما بعيب او رآه احدهما دون الاخر فعنده لا يرد الاخر بالعيب
او الرؤية بعد خلافا لهما ولو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب فظهر بخلافه
اخذه بكل الثمن او تركه على بائعه ان لم يمتنع الرد بسبب من الاسباب المانعة للرد
وان امتنع رجع على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية يقوم العبد خبازا

او كاتبا على ادنى ما يطلق عليه اسم الخباز والكاتب اذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية
في ذلك كما هو في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير خباز او كاتب فينظر
الى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك وعن ابي ح في غير ظاهر الرواية انه لا يرجع بشيء
لان ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب
الرجوع على البايع فكذا هنا والصحيح ظاهر الرواية وهو قول الشافعي ثم ياخذه بكل
الثمن لان حاصل هذا الشرط شرط في وصف مرغوب فيه في البيع فلذا جاز اشتراطه
والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد يدخل فيه من غير ذكر
على ما تقدم واذا لم يقابلها شيء من الثمن ياخذه بكله ان شاء واما رده على بايعه
فلان هذا الوصف وصف مرغوب فيه في البيع وكل ما هو وصف مرغوب فيه
في البيع يستحق في العقد بالشرط لرجوعه الى صفة الثمن او الثمن كان ملاويما
للعقد الا يرى انه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فاذا دخل في
العقد ففواته يوجب التخيير لان المشتري ما رضي بالمبيع بدون ذلك الوصف
بخلاف ما لم يكن مرغوبا فيه كما اذا باع على انه اعور فاذا هو سليم فانه يوجب الخيار
في العقد فان قيل ان ما ذكرت منقوض بما اذا باع ابلا او شاة على انها حامل او
على انها تحلب كذا فان البيع فيه وفي امثاله فاسد مع ان الشرط شرط في وصف
مرغوب فيه في البيع اجيب بان ذلك ليس باشتراط في وصف بل اشتراط مقدار من
المبيع مجهول وضم المجهول الى المعلوم يجعل الكل مجهولا حتى لو شرط انها حلوب او لبون
جاز كما اذا شرط في الفرس انه هملاج وفي الكلب صائد فانه يجوز لكونه وصفا
مرغوبا فيه كذا ذكره الطحاوي سلمنا انه اشتراط في وصف لا في مقدار من المبيع
ولكنه مجهول يؤدي الى المنازعة فيفسد واذا ثبت ان الشرط فيما نحن فيه وهو
مسئلة الكتاب شرط في وصف مرغوب فيه ففواته يوجب التخيير لما ذكرناه
ولا يفسد العقد لان الاختلاف هنا رجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت
في الاعراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف والاصل هنا ان الاختلاف
الحاصل بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الاعراض كان راجعا
الى النوع كما في المثال المذكور في الكتاب فلا يفسد لكنه يوجب التخيير لفوات وصف

السلامة ولو اشترى جارية على انها حامل قيل لا يجوز كما في الناقة والشاة وقيل
يجوز لان الحبل في الجواري عيب بخلاف البهايم فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب
واعلم انه اذا شرط في البيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع
فاسدا وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر على الصحة
ولا خيار للمشتري وهو ما اذا وجده خيرا مما شرطه والاصل فيه على ما في البحر
عن المجتبى ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا في البيع فان كان المشار اليه من
خلاف جنس المسمى فالعقد فاسد وان كان من جنسه فالعقد جائز ثم ان كان
المشار اليه دون المسمى كان الخيار للمشتري والا فلا خيار له والثياب والذكر
والانثى في بني ادم جنسان حكما وفي سائر الحيوانات جنس واحد فاذا اشترى
ثوبا على انه اسكندري فوجده بلديا او هندي فوجده مرويا او كتان فوجده
قطنا او ابيض فوجده مصبوغا او مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران او دارا
على ان بناءها لبن فوجده لبنا او على ان لا بناء او لا نخل فيها فوجد فيها بناء او نخل
او ارضا على ان جميع اشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة فالبيع فاسد في
جميع ذلك لفحش التفاوت في الاعراض لانها اجناس وكذا لو اشترى على انه عبد
فاذا هو جارية او فص على انه ياقوت فاذا هو زجاج يفسد البيع لتفاوت
الجنسين ولو اشترى جارية على انها مولدة الكوفة فاذا هي مولدة بغداد او
غلام على انه تاجر او كاتب فاذا هو لا يحسنه او على انه فحل فاذا هو خصي
او عكسه او على انها بغلة فاذا هو بغل او ناقة فكان جملا او لحم معز فكان لحم ضان
او على عكسه ونحو ذلك فالبيع جائز في كلها فللمشتري الخيار ولو اشترى على
انه بغل فوجده بغلة او حمار او بعير فوجده اتان او ناقة او جارية على انها رتقا
او حبلى او ثيب فاذا هي بخلافه جاز ولا خيار له لانه خير من الاول ولو باع دارا
بما فيها من الجذوع والخشب والابواب والنخيل فاذا هو ليس فيها شيء من ذلك
جاز البيع ولا خيار للمشتري كذا في فتح القدير وذكر في البحر نقلا عن البدايع اشترى
جارية على انها مغنية ان شرطه على وجه الرغبة فيه فسد البيع لكونه شرطا ما
هو محظور محرم وان شرط في البيع على وجه التبري من العيب لا يفسد فان لم يجدها

مغنية لا خيار له لانه وجدها سالمة عن العيب ولو باع جارية على انها ما ولدت
فظهر انها ولدت فله ردها ولو اشترى كرباسا على ان سداه الف فاذا هو الف
ومائة سلم الثوب الى المشتري لانه زيادة وصف وفي عكسه خير المشتري
لانه اختلاف نوع لا جنس فلا يفسد **فصل** في بيان خيار الرؤية والاضافة
فيه من قبيل اضافة الشيء الى شرطه لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية
هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية واعلم ان خيار الرؤية لا يثبت الا في اربعة
اشياء في الشراء والاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال على شيء بعينه
كذا في البحر نقلا عن المعراج من اشترى ما لم يره بان يقول الرجل لغيره بعتك الثوب
الذي في كمي هذا وصفته كذا او الدرة التي في كمي وصفتها كذا او لم يذكر الصفة
او يقول بعت منك هذه الجارية المتنقبة فانه جائز وكذلك العين الغائب المشار
الى مكانه وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمي والمكان معلوم باسمه
والعين معلومة ايضا بان يقول بعتك فرسي كذا في مكان كذا وليس في ذلك المكان
غير ذلك الفرس وهذا لان الكلام في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة
لكان البيع جائزا بالاجماع جاز البيع في هذه الصور كلها وله اي المشتري رده
اذا رآه لثبوت الخيار له هذا عندنا وقال الشافعي لا يجوز العقد لان المبيع مجهول
والمجهول لا يجوز بيعه كالبيع بالرقم ولنا قوله عم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار
اذا راه والجهالة الحاصلة من عدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة مع وجود الخيار
فانه اذا لم يوافقه رده وانما افضت اليها لو قلنا بابرام العقد ولم نقل به فصار
كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه بان اشترى ثوبا مشارا اليه غير معلوم
عدد ذرعانه فانه يجوز لكونه معلوم العين وان كان ثمة جهالة لكونها لا تفضي
الى المنازعة واعترض بوجهين احدهما ان الحديث المذكور معارض بحديث حكيم بن حزام
وهو انه قال عم لا تبع ما ليس عندك والمراد ما ليس بمرأى للمشتري لاجماعنا على
ان المشتري اذا كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضرا عند العقد والثاني ان
البيع نوعان بيع عين وبيع دين كما في السلم وطريق المعرفة في الثاني هو الوصف
بان ذكر وصف المسلم فيه وفي الاول المشاهدة ثم ما هو طريق الى الثاني اذا تراخى

عن حالة العقد بان لم يذكر الوصف حين العقد فسد البيع فكذا ما هو طريق الى الاول
وهو المشاهدة اذا تراخى عن العقد فسد البيع واجيب عن الاول بان المراد به النهي عن
بيع ما ليس في ملكه لا بيع ما لم يره المشتري بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام
قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق
فاستجيدها فاشتريها فاسلمها اليه فقال عم لا تبع ما ليس عندك وقد اجمعنا على انه
لو باع عينا مرئيا لا يملكه ثم ملكه فسلم لم يجز وذلك دليل واضح على ان المراد بما ليس
عنده في ملكه فان قيل قد تقرر ان النهي في المشروعات يقتضي القبح لغيره عندنا
وبيع ما ليس في ملكه باطل فيكون قبحه لعينه فكيف يصح حمل النهي في الحديث على بيع
ليس في ملكه قلنا ذلك فيما اذا لم يكن قرينة على القبح لعينه واما اذا كان قرينة عليه
فيحمل عليه كما في الحديث المذكور فان قصة الحديث قرينة عليه فيكون النهي فيه
مجازا عن النفي والثاني ان السلم انما لا يجوز عند ترك الوصف لافضائه الى الجهالة المفضية
الى المنازعة وما نحن فيه ليس كذلك لعدم افضاء الجهالة فيه الى المنازعة ما لم يوجد
ما يبطله اي الخيار فيه اشارة الى ان خيار الرؤية غير موقت بوقت معين على ما دل
عليه النصوص وان وصلية رضي العقد بان قال رضيت كائنا ما كان قبلها اي
قبل الرؤية لان ثبوت الخيار معلق بالرؤية على ما روينا والمعلق بالشيء لا يثبت
قبله واسقاط ما لم يثبت لغو ولانه لو لزم العقد بالرضاء قبل الرؤية لزم امتناع
الخيار عندها وذلك باطل لانه ثبت بالنص على ما روينا فادى الى الباطل
باطل فان قيل ما الفرق بين الفسخ قبل الرؤية والاجازة قبلها حتى لزم الفسخ
قبلها دون الاجازة فانه اذا رضي قبل الرؤية لا يلزم واذا فسخ قبلها لزم مع استواء
نسبة التصرفين في تعلقهما بالشرط الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط
اجيب عنه بما حاصله على ما حققه ابن الهمام ان المعلق بالشرط هو العدم قبل
وجود الشرط اذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشيء لا يثبت باسباب
كثيرة فالحديث المذكور لما علق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الاجازة
والفسخ بها لان معنى الخيار ان له ان يجيز وان يفسخ ثم لم يثبت الاجازة لسبب
آخر فبقي على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب فان سببه

وهو العيب قائم قبل الرؤية فاذا قال رضيت به قبل الرؤية سقط خيار العيب اذا اطلع
عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك واما الفسخ فيثبت له بسبب اخر وهو عدم لزوم
هذا العقد على المشتري وما كان غير لازم عليه له ان يفسخه بالضرورة كالعارية
والوديعة والوكالة فان الكل من العاقدين ان يفسخ هذه العقود باعتبار عدم
لزومها وان لم يكن له خيار لا شرطا ولا شرعا والا فيكون لازما وقد فرض انه
غير لازم هذا خلف واعلم ان ما ذكرناه من الفرق بين الرضاء والفسخ قبل الرؤية
من ان الرضاء قبلها غير لازم والفسخ لازم من غير نقل خلاف في الفسخ هو مسلك
الطحاوي واختاره صاحب الهداية واكثر المشايخ لكنه نقل في التحفة الخلاف
المشايخ في جواز الفسخ ومنهم من منعه وقال في فتح القدير لمن يمنع الفسخ قبل
الرؤية ان يمنع وجود سبب اخر غير الرؤية وقولكم عدم اللزوم سبب اخر قبل الرؤية
قلنا نمنع تحقق عدم اللزوم قبلها بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه
فان المشايخ على اثبات قدرة الفسخ والاجازة معا ولا خيار لمن باع ما لم يره
وذلك بان ورث عينا من الاعيان في بلدة اخرى مثلا وباعها قبل ان يراها فلا خيار
له وكان ابو ح يقول اولا له الخيار اعتبارا بالمشتري وبخيار العيب فانه يثبت
للبائع حتى جاز له ان يرد الثمن بالزيافة وبخيار الشرط فانه يجوز لهما ايضا
ولان لزوم العقد بتمام الرضاء من الجانبين الا في جانب البائع بتوتا في جانب
المشتري ولا يتحقق تمام الرضاء الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك لا يتحقق الا
بالرؤية فان الرؤية يحصل الاطلاع على دقائق لا يحصل بالعبارة فلم يكن البائع
راضيا بالزوال عن ملكه فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ ثم رجع عنه
وقال لا خيار للبائع بل هو للمشتري فقط واحتج بوجهين احدهما انه معلق بالشراء
فيما روينا فلا يثبت دونه واعترض عليه اولا بان البائع مثل المشتري في الاحتياج
لتمام الرضاء فيلحق به دلالة اجيب بانهما ليسا سيان فيه لان الرد من جانب
المشتري باعتبار انه كان يظنه خيرا مما اشترى فيرده لفوات الوصف المرغوب
فيه والبائع لو رد لرده باعتبار ان المبيع ازيد مما ظن فصار كما لو باع بشرط
انه معيب فاذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار واذا لم يكن في معناه لا يلحق به وثانيا

بان المعلق بالشرط قد يوجد قبل وجود الشرط بسبب اخر وههنا وجد القياس على المشتري
وخيار العيب والشرط فليجز من البائع ايضا واجيب بانه ثابت بالنص غير معقول
المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن القياس على مخالفة الاجماع باطل وتحكيم
جبير بن مطعم بين عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة ولم ينكره احد فكان اجماعا وهذا
هو الوجه الثاني من وجهي المرجوع اليه بيانه ان عثمان باع ارضا له بالبصرة
من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره
وقيل لعثمان ايضا غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما جبير بن مطعم
فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكره احد فصار اجماعا
سكوتيا ثم خيار الرؤية هل يتوقت فقال لا قيل نعم وقيل لا وقال من قال بالتوقيت
انه موقت بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل
خياره ولزم البيع فيه والمختار انه لا يتوقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله
واشار الى ما يبطله فقال ويبطل خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط وفيه ذكر ما
يبطل خيار الشرط في بابه والضابط في ذلك ان المشتري بالخيار اذا فعل في
المبيع ما يلحق به مرة ويحل ذلك في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار
والا يبطل فائدة الخيار لانها امكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان
فان لزمه البيع بفعل ما يمتحن به اول مرة فاتت فائدة الخيار ويعلم من هذا انه
اذا فعل ما لا يمتحن به او يمتحن به لكنه لا يحل في غير الملك بحال او يمتحن به ويحل
في غير الملك لكن فعله مرة ثانية كان ذلك دليل الاختيار فعلى هذا اذا اشترى
جارية للخدمة بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يمتحن به ويحل
في غير الملك في الجملة بلاجازة المالك فلو استخدمها ثانية في ذلك النوع من
الخدمة كان اختيارا للملك لعدم الحاجة اليها لحصول الامتحان بالاولى ولو وطئها
بطل خياره لانه وان كان مما يمتحن به لان صلاحها للوطء قد لا يعلم بالنظر لكن
لا يحل الوطء في غير الملك فكان اختيارا له فان قيل ان كلية قوله ويبطل خيار
الرؤية ما يبطل خيار الشرط منقوض بمسئلتين احدهما انه لو اشترى دارا لم يرها
فبيعت بجنبها دار فاخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية

ويبطل خيار الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط
ولا يبطل خيار الرؤية واجيب عنه بوجهين احدهما ان الاصل فيها هو ان خيار الرؤية
لا يبطل بصريح الرضاء قبل الرؤية على ما تقدم فلا يبطل بدليل الطريق الاولى
لانه دونه ثم الاخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضاء فلذلك لا يعملان
في ابطال خيار الرؤية والثاني ان هذا النقض انما يرد لو كان ذلك القول كليا
وليس كذلك بل هو مقيد بما بعده من قوله من تعيب او تعيباه والاخذ بالشفعة
والعرض على البيع ليسا من التصرف في المبيع فلا يكونان واردين تامل واعلم
ان التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية و
بعدها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها اما الاول فهو الذي لا يمكن
دفعه كالاعتاق والتدبير والكتابة او الذي يوجب حقا للغير كالبيع المطلق
عن خيار الشرط والبيع بخيار الشرط للمشتري الثاني والرهن والاجارة واشار
الى هذا الضرب بقوله من تعيب اي تعيب المشتري المبيع قبل رؤيته او بعدها
او تعيب اي المبيع بنفسه في يده اي يد المشتري وتعذر رد بعضه بان هلك
بعضه في يده او تعيب ومن تصرف لا ينفسخ كالاعتاق وتوابعه من التدبير
او الكتابة او تصرف يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط وكالبيع
بخيار الشرط للمشتري الثاني على ما في العناية لان خيار البايع اي المشتري الاول
لا يمنع خروج المبيع عن ملكه والرهن والاجارة قبل الرؤية وبعدها اي كل من
هذه المذكورات يبطل خيار الرؤية قبل الرؤية وبعدها لان بعضها لا يقبل الفسخ
كالاعتاق وتوابعه والتعيب من هذا القبيل وبعضها يوجب حقا للغير كالبيع المطلق
ولحوه فيمتنع الرد واذا امتنع الرد بطل الخيار مطلقا فان قيل ان بطلان الخيار
قبل الرؤية مخالف لما مر من نص الحديث اعني فله الخيار اذا راه وان هذه التصرفات
اما صريح الرضاء او دلالته وخيار الرؤية لا يبطل بشيء منها فكذا بهذه التصرفات
اجيب عن الاول بان ذلك فيما امكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لما انعقدت
صحيحة فلا يمكن رفعها فيبطل الخيار ضرورة فيكون قوله عم فله الخيار اذا راه
مقيدا بما لم يوجب موجب شرعي عدمه اذا راه فيكون من قبيل العام الذي خص

منه

منه البعض بالمخصص العقلي والعام الذي خص منه البعض بالعقل يكون حجة قطعية
في الباقي عندنا على ما في الاصول وعن الثاني بان دلالة الرضاء لا تربو على
صريحه اذا لم يكن من ضرورات صريح اخر وههنا هذه الدلالة من ضرورات
صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء لوازمها محال واوضح من
هذا الجواب ان يقال ليس بطلان الخيار ههنا لدلالة الرضاء او صريحه بل لضرورة
تعذر فسخ هذه التصرفات على ما يدل عليه كلام بعض المشايخ ثم اشار الى الضرب
الثاني بقوله وما اي تصرف لا يوجب حقا للغير كالبيع بالخيار اي بخيار الشرط
للبايع والمساومة اي العرض على البيع والهبة بلا تسليم يبطل بعدها لا قبلها
لان هذه التصرفات من قبيل دلالة الرضاء وصريح الرضاء لا يبطل قبلها فدلالتها
اولى فيما اذا لم يكن من ضرورات صريح اخر كالتصرفات السابقة بخلاف ما بعد
الرؤية لان صريح الرضاء يبطل بعدها فكذا دلالته ثم لما ذكر ما يبطل خيار
الرؤية شرع في ذكر ما يسقط به ذلك والاصل فيه ان رؤية جميع اجزاء المبيع
غير مشروط في اسقاط خيار الرؤية لتعذره عادة وشرعا والانجاز النظر
الى كل حبة والى ما حرم النظر اليه ولا قائل بذلك فيكتفي برؤية ما هو المقصود
فاذا راه جعل غير المرئي كالمرئي بتعاله فاذا سقط الخيار في الاصل سقط
في التبع ايضا فقال وكفت اي في اسقاط خيار الرؤية رؤية وجه الرقيق
عبدا او جارية لان المقصود من الادمي هو الوجه وفي رؤية جميع بدنه تعذر
ويستلزم كشف العورة فاذا راى وجه الجارية او العبد ثم اشتراه فراى الباقي
فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية بخلاف ما لو راى بطنها او ظهرها وساير
اعضائها الا الوجه فان له الخيار اذا راى وجهها لان ساير الاعضاء في العبيد
والاماء تبع للوجه ولذا تتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع تساوي ساير الاعضاء
وكفت رؤية وجه الدابة وكفلها بفتحتين هو عجزها لان المقصود في الدواب
هو الوجه والكفل فيسقط برؤيتها لا برؤية غيرها وهذا هو المروي عن ابي يوسف
وقيل شرط رؤية القوائم ايضا ونقل صاحب الاجناس عن المجرد عن ابي ح
في الدابة اذا راى عنقها او فخذها او ساقها او جنبها او صدرها ليس له خيار

الرؤية

وان راى حوافرها او ناصيتها فله الخيار وعن محمد يكفي رؤية الوجه اعتبارا بالعبد
وفي رواية المعلى عن ابي ح يعتبر في الدواب عرف التجار وفي شاة اللحم لا بد من الجس اي
المس باليد لان المقصود لا يحصل الا به فلا يكتفي بالرؤية بدون الجس وفي شاة القنية
قال في المغرب اقتنيت المال اتخذته لنفسي قنية اي اصل مال للنسل لا للتجارة لا بد من رؤية
الضرع لان المقصود لا يحصل الا بها ورؤية ظاهر الثوب ان كان واحدا او مطويا
والا فلا بد من رؤية كلها في سقوط الخيار ان لم يكن معلما كافية ورؤية علمه ان كان
معلما لحصول العلم بها قال في فتح القدير اذا راى وجه الثوب مطويا يكفي لان البادي يعرف
ما في الطي فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته وبذلك
ينقص ثمنه عليه اللهم الا ان يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين او يكون
في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم ثم قيل هذا في عرفهم اما في عرفنا فما لم ير باطن
الثوب لا يسقط خياره لانه استقر لاختلاف الباطن والظ في الثياب وهو
قول زفر وفي المبسوط الجواب على ما قال زفر وفي البسائط لا بد من رؤية جميعه
ولو نظر الى ظهور المكاعب لا يبطل خياره ولو نظر الى وجهها دون الصرم يبطل
قيل ينبغي ان ينظر الى الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصودا وفي الجبة
لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها الا اذا كانت البطانة مقصودة
بان كان بها فرو واما الوسادة المحشوة اذا راى ظاهرها فان كانت محشوة مما يحشى
به مثلها يبطل خياره وان كان مما لا يحشى به مثلها فله الخيار هذا كله اذا كان
المبيع واحدا فان كان متعددا فان كانت احاده مما لا يتفاوت كالمكيل والموزون
فيكتفي برؤية واحد منها في سقوط الخيار الا اذا كان الباقي اردى مما راى
فح يكون له الخيار يعني خيار العيب لا خيار الرؤية على ما ذكره في الينابيع وذكر
في الكافي اذا كان اردى له الخيار لانه انما رضي بالصفة التي راها لا بغيرها
وهذا التعليل يفيد انه خيار الرؤية وهو مقتضى كلام الهداية والتحقيق على ما ذكره
ابن الهمام انه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان الاختلاف لا يوصله
الى اسم المعيب وفي بعض الصور خيار رؤية وهو ما اذا كان الاختلاف لا يوصله
الى اسم المعيب وقد يجتمعان كما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع عيبا

ثم

ثم اراه المبيع في الحال وان كانت احاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد فلا بد
من رؤية كل واحد على حسب ما هو المقصود منه ورؤية داخل الدار وان وصلية لم يشاهد
بيوتها لحصول العلم بها وعند زفر وهو قول ابن ابي ليلى لا بد من مشاهدة البيوت
وعليه الفتوى اليوم لان مرافقها تختلف فلا بد من رؤية ذلك كله كذا عللوه لكنه
غير مفيد ما لم يقل وان كل المرافق مقصودة والا فلا تاثير لكثرة المرافق على ما ذكرناه
انفا من الاصل في الباب قال في الهداية وان راى صحن الدار فلا خيار له وان
لم يشاهد بيوتها وقال في العناية وفتح القدير وكذا اذا راى خارج الدار او راى
اشجار البستان من خارج لان النظر الى جميع اجزائها متعذر اذ لا يمكن النظر الى ما
تحت السرة والى ما بين الحيطان من الجذوع من الدار وكذا عروق الاشجار و
اغصانها كلها فيكتفي برؤية المقصود منها وعند زفر لا بد من دخول البيوت والاصح
ان جواب صاحب الهداية وهو ما ذكره المص اولا على وفق عادتهم في الابنية
في الكوفة فان دورهم لم تكن متفاوتة واما في ديارنا فلا بد من الدخول داخل
الدار كما قال زفر لتفاوت الدور بكثرة المرافق وقلتها كالصيفي والشتوي فلا يصير
معلوما بالنظر الى صحنها وهو الصحيح وهذا لا يفيد الا ان يقال وكل من ذلك مقصود
وعلى هذا ما ذكروه من انه لا يشترط رؤية العلو الا في بلد يكون العلو مقصودا
كما في سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة على خلاف بلادنا بديار مصر وشرط
بعضهم رؤية الكل وهو الاشبه والاظهر كما قال الشافعي وهو المعتبر بديار مصر
والشام والعراق واما ما ذكروه في الاشجار من الاكتفاء برؤية رؤوس الاشجار
ورؤية خارجه فقد انكره بعض مشايخنا هذه الرواية وقال المقصود من البستان
باطنه فلا يكتفي برؤية ظاهره وذكر قاضيخان في الجامع لا يكتفي برؤية الخارج
ورؤوس الاشجار وقالوا لا بد في الكرم من عنب الكرم من كل نوع شيئا وفي
الرمان لا بد من رؤية الحلو والحامض ولو اشترى دهنا في زجاجة فرؤيته
من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبه في كفه عند ابي ح لانه لم ير الدهن حقيقة
لوجود الحائل وعن محمد يكفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن وروى هشام
ان قول محمد موافق لقول ابي ح وفي التحفة لو نظر في المراة فراى المبيع قالوا لا يسقط

خياره لانه ما راى عين المبيع بل مثاله ولو اشترى سمكا في الماء يمكن اخذه من غير اصطياد
فراه في الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه راى عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط
قيل وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى اكبر مما هو فهذه الرؤية لا تعرف
المبيع واما اذا كان المبيع مغيبا في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها
لم يذكر في ظاهر الرواية وروى بشر عن ابي يوسف ان كان شيئا يكال او يوزن
بعد القلع كالثوم والبصل وبصل الزعفران والشلجم ان باعه بعد ما نبت نباتا
يفهم به وجوده تحت الارض جاز البيع فان قلع البعض هل يثبت له الخيار حتى
اذا رضي به يلزم البيع في الكل فان قلع البايع او المشتري باذن البايع يثبت به
الخيار فلو رضي به لزم البيع في الكل لما مر وسياتي منه ان رؤية بعض المكيل او
الموزون كرؤية الكل وان قلعه المشتري بغير اذنه ان كان المقلوع شيئا له ثمن
بطل خياره في الكل فلم يكن له ان يرد رضي بالمقلوع او لم يرض وجد في ناحية
لحزبي من الارض اقل منه او لم يوجد شي لان بالقلع صار المقلوع معيبا لانه كان
حيا ينمو وبعده صار مواتا والعيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية وان
كان المقلوع شيئا لا ثمن له لا يبطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان
شيئا يباع عددا ان قلعه البايع او المشتري باذنه له الخيار في الباقي حتى لو
رضي به لا يلزم البيع في الكل لانه عددي متفاوت فرؤية بعضه لا يكون
ككله وان قلعه المشتري بغير اذن البايع بطل خياره وفي الخلاصة والفتح
وهو المختار وان راى بعض المبيع فله الخيار اذا راى باقيه اي ان كان المبيع
متفاوتا لان رؤية البعض لا يعرف الباقي للتفاوت في الاحاد فلا بد من
رؤية الكل في سقوط الخيار وما يعرف بالموذج قال في المصباح الانموذج
بضم الهمزة ما يدل على صفة الشي وهو معرب وفي لغة نموذج بفتح النون والذال
معجمة مفتوحة مطلقا انتهى كالمكيل والموزون فرؤية بعضه كرؤية كله فيسقط
الخيار برؤية بعضه قال في فتح القدير سقوط الخيار برؤية البعض في المكيل
اذا كان في وعاء واحد اما اذا كان في وعائين او اكثر اختلفوا فيه فمشايخ
العراق على ان رؤية احدهما كرؤية الكل ومشايخ بلخ لا يكفي بل لا بد من رؤية كل وعاء

والصحيح

والصحيح انه يبطل برؤية البعض لانه يعرف حال الباقي فهذا اذا ظهر له ان ما في الوعاء الاخر
مثله او اجود اما اذا كان اردا فهو على خياره وان كان مما تتفاوت احاده كالبطيخ والرمان
فلا يكفي رؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ولو قال رضيت او اسقطت
خياري وفي شراء الرحاء بالامة لا بد من رؤية الكل وكذا السرج بادانه ولبده
لا بد من رؤية الكل والجملة هنا ان المبيع اما ان يكون شيئا واحدا او اشياء متعددة
والثاني اما ان يكون متفاوت الاحاد او لا وعلامة عدم تفاوت الاحاد ان يعرض
بالنموذج الا ان يكون الباقي اردى فكان الاقسام ثلاثة فان كان الاول فليس
رؤية الجميع شرطا لبطلان خيار الرؤية لان رؤية الجميع قد يكون متعذرة
كما اذا كان عبدا او جارية او ثوبا مطويا على ما تقدم وان كان الثاني كالثياب
والدواب والبيض والجوز في رواية الكرخي فلا بد من رؤية كل واحد لان
رؤية البعض لا يعرف الباقي لتفاوت الاحاد وان كان الثالث كالمكيل والموزون
والعددي المتقارب والجوز والبيض في بعض الرواية يكتفي برؤية واحد منها
لان رؤية البعض يعرف الباقي لعدم التفاوت فعلى هذا اذا نظر الى وجه الصبرة
بطل الخيار لانه يعرف الباقي لانه مكيل يعرض بالنموذج وفيما يطعم لا بد من
الذوق لانه المعرف لما بقي ولا يحصل العلم الا به ونظر الوكيل بالشراء او القبض
كاف في سقوط خيار الرؤية حتى لو نظر الوكيل بالشراء او القبض الى المبيع مكشوفا
لا يرده المشتري على البايع الا بعيب علمه الوكيل او لم يعلمه وعن ابي جعفر انه اذا كان
عيبا علمه الوكيل يجب ان يبطل خيار العيب ايضا لا نظر الرسول فللمشتري ان
يرده بعد رؤية الرسول قيل صورة التوكيل بالشراء ان يقول الموكل وكلتك
بشراء ذلك او امرتك او كن وكيلا عني بشرائه وصورة التوكيل بالقبض كن
وكيلا عني بقبض ما اشتريته ولم اره او وكلتك بقبضه وصورة الرسول
كن وكيلا رسولا عني او ارسلتك او امرتك بقبضه او قال اذهب واقبضه
كذا في فتح القدير وقيل لا فرق بين الرسول والوكيل بالقبض في فصل الامر
بان قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار بقبضه وحكى بعضهم هذا القول فيما اذا
قال امرتك خاصة اي بمادة ام ر وصرح به في العناية هذا عنده وعندهما

هو اي الرسول كالوكيل والذي ظهر منه ان نظر الرسول كنظر الوكيل بالقبض في كونه كافيا
في سقوط خيار الرؤية لان حال المشبه به كذلك وليس الامر كما ظهر منه بل امر
التشبيه بالعكس فانهما قالا نظر الوكيل بالقبض كنظر الرسول في عدم سقوط
خيار المشتري وللمشتري ان يرده على ما صرح به في العناية وفتح القدير وغيرهما
ثم الظاهر من كلامهما انه لا فرق بين نظر الوكيل بالشراء والوكيل بالقبض وليس
كذلك لان الوكيل بالشراء ليس كالوكيل بالقبض في الحكم المذكور لان الوكيل بالشرا
رؤيته تسقط الخيار بالاجماع لان حقوق العقد يرجع اليه والوكيل بالقبض
مختلف فيه بين ابي ح وصاحبيه عليهما ترى لهما انه قبل الوكالة بالقبض دون
اسقاط الخيار والشخص لا يملك التصرف فيما لا يقبله وكالة فلا يملك اسقاط
الخيار عنه لانه تصرف فيما لا يقبل الوكالة فيه فصار كخيار العيب والشرط
كمن اشترى شيئا لم يرعيبه ثم وكل وكيلا بقبضه فقبضه الوكيل معيبا رائيا
عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل وكمن اشترى شيئا بخيار الشرط ووكل بقبضه
فقبضه لم يسقط خيار الشرط للموكل وصار ايضا كالاسقاط قصدا بان
قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم رآه فاسقط الخيار قصدا لا يسقط خيار
الموكل ولابي ح ان القبض نوعان تام يسقط به خيار الرؤية وهو ان يقبضه
رائيا وناقص لا يسقط به خيار الرؤية وهو ان يقبضه مستورا والموكل
يملكه بنوعيه فكذا وكيله لاطلاق التوكيل فان قيل لا نم ذلك فان الوكيل اذا قبضه
قبضا ناقصا ثم رآه فاسقط الخيار قصدا لم يسقط والموكل لو فعل ذلك يسقط
الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة اجيب عنه بان الوكيل
اذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فبقي اجنبيا فلا يملك اسقاطه
لكونه اجنبيا لا لعدم تملكه باسقاط الخيار فان قيل كيف يتملكه مثل الموكل مع انه
لم يتوكل بالاسقاط اجيب عنه بانه وان لم يتوكل به صريحا لكنه يتوكل به ضمنا
لان الشيء اذا ثبت ثبت بجميع متمماته ولوازمه وان الشيء قد ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا
وله شواهد من الفروع منها قن لهما اعتقه احدهما وهو موسر فلو ترك المعتق تغيب
الساكت لم يجز ولا يتمكن الساكت من نقل ملكه الى احد لكن لو ادى المعتق الضمان الى

الساكت

الساكت ملك نصيبه ومنها لو غصب قنا فابق من يده وضمنه المالك ملكه الغاصب
ولو شراه قصدا لم يجز ومنها فضولي زوجه امراة برضاها ثم ان الزوج وكله
بعده بان يزوجه امراة فقال نقضت ذلك النكاح لم ينقض ولو لم ينقضه قولا
ولكن زوجه اياها بعد ذلك انتقض النكاح الاول ومنها اشترى كرا بعينه وامر
المشتري البايع بقبضه للمشتري لم يصح ولو دفع اليه غرارة وامره ان يكيله فيها
صح اذ البايع لا يصلح وكيلا عن المشتري في القبض قصدا ويصلح ضمنا وحكما
لاجل الغرارة ومنها شرى ما لم يره فوكل وكيلا بقبضه فقال الوكيل قد اسقطت
خيار الرؤية لم يسقط خيار الموكل ولو قبضه الوكيل وهو يراه لغا خيار
رؤية موكله عند ابي ح خلافا لهما كذا في التاسع والثلاثين من الفصولين
مع زيادة عليه واما عدم سقوط خيار العيب مع قبض الوكيل فلان خيار
العيب لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض حيث لا يرتد به الا برضاء او قضاء
وما لم يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض فيجوز ان يقبضه تماما مع بقاء
خيار العيب بخلاف خيار الرؤية فانه يمنع تمام الصفقة وتمام القبض فلا تم
القبض مع بقائه واما خيار الشرط فهو على الخلاف فلا يصح مقيسا عليه ولو سلم
بقاه فالموكل لا يملك القبض التام مع بقاء خيار الشرط لعدم تمام الصفقة
به فلا يسقط الخيار بقبضه فكذا لا يسقط بقبض وكيله وبيع الاعمى وشراؤه
صحيح وله الخيار اذا شرى وقال الشافعي ان كان بصيرا فعمي فصحيح وان كان
اكمه فلا لانه لا علم له بالالوان والصفات اصلا ولنا معاملة الناس العميان
من غير نكير لانه اصل في الشرع بمنزلة الاجماع ولان من اصله ان من لا يملك
الشراء بنفسه لا يملك الامر به لغيره فاذا احتاج الاكمه الى ما ياكل ويشرب
ويلبس ولا يتمكن من شراء الماكول والمشروب والملبوس ولا التوكيل به
مات جوعا ولانه اشترى ما لم يره ومن اشترى ما لم يره جاز فله الخيار لاطلاق
ما روينا سابقا فان قيل لم يره سلب وهو يقتضي تصور الايجاب وذلك
لا يتصور في الاكمه قلنا التصور لا يقتضي التحقق كتصور الممتنعات من شريك
الباري وغيره فان قيل قوله فله الخيار اذا راه في الحديث المذكور يقتضي

التحقق على ما هو مقتضى كلمة اذا قلنا المراد بالرؤية العلم بالمقصود لا الرؤية بالبصر
ويسقط خيار الاعمى بجسه المبيع او شمه او ذوقه فيما يعرف بذلك اي بالجس
والشم والذوق وهذا لان العلم يحصل به ويوصف العقار له وكذا الشجر والثمر
على الشجر بوصف له لان الوصف في هذه الاشياء يقوم مقام الرؤية فاذا وصف
وقال رضيت يسقط خياره وهل يلزم ان يوقف في توصيف العقار ونحوه في
مكان لو كان بصيرا لرآه ام لا يلزم ففي جامع الفتاوى انه يلزم وانكره الكرخي
وقال وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في انه لا يستفيد به العلم بالموصوف
ورجحه ابن الهمام وقال ان ايقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف
وسقوط الخيار به وفي اطلاق المص اشارة اليه ايضا وعن ابي يوسف انه
اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرأى العقار وقال رضيت يسقط خياره
لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام
القراءة للاخرس واجراء الموسى على راس من لا شعر له في الاحلال من الاحرام
واجيب عنه بان وجوب اجراء الموسى مختلف فيه وكذا تحريك الشفتين ليس
بلازم للامي فلا يصلح مقيسا عليه وعن ابي يوسف ايضا انه اعتبر الوصف في
غير العقار ايضا ولم يعتبر الشم والذوق والجس لان الوصف يقوم مقام الرؤية
كما في السلم وقال مشايخ بلخ يمس الحيطان والاشجار فاذا قال رضيت سقط
خياره لان الاعمى اذا كان ذكيا يقف على مقصوده بذلك وهو رواية بشر
وابن سماعة في الدار وفي رواية هشام عن محمد انه يعتبر الوصف مع كل من الذوق
واللمس والجس لان التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا الا فيما لا يمكن جسه كالثمر
على رؤوس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في اشهر الروايات وهو المروي عن
ابي يوسف ومحمد في شرح الجامع الصغير لابي الليث وقال الحسن يوكل وكيلا
بقبضه وهو يراه فيسقط بذلك خياره قالوا وهذا اشبه بقول ابي ح حيث
رؤية الوكيل رؤية الموكل ولو وصف للاعمى ثم ابصر لا خيار له لان خياره سقط
فلا يعود الا بسبب جديد ولو اشترى البصير ثم عمي انتقل الخيار الى الوصف لان
الناقل للخيار من النظر الى الوصف العجز وقد استوى في ذلك كونه اعمى وقت العقد

وصيرورته اعمى بعد العقد قبل الرؤية ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الاخر فله
اخذهما او ردهما لا رد احدهما واعلم انه قد تقدم ان في الجمع بين الاشياء المتفاوتة
الاحاد في البيع لا بد من رؤية كل منها في سقوط خيار الرؤية لان رؤية بعضها
لا تعرف الباقي في المتفاوت فلا يحصل العلم برؤية بعضها وعلى هذا اذا رأى احد
الثوبين فاشتراهما معا ثم رأى الاخر فله الخيار فيما لم يره وله رده بحكم الخيار
ولكنه لا يتمكن من رده وحده بل يردهما معا ان شاء كيلا يلزم تفريق الصفقة
على البائع قبل التمام اما الملازمة فلان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض
وبعده كخيار الشرط بدليل ان له ان يفسخه بغير قضاء ولا رضاء ويكون
فسخا للعقد من الاصل لعدم تحقق الرضاء قبله لعدم العلم بصفات المبيع واما
بطلان اللازم فللنهي عن تفريق الصفقة لانه جاء في الحديث نهى النبي عم عن
تفريق الصفقة واعترض عليه بان تفريق الصفقة منهي عنه وهو يقتضي
ردهما معا ان شاء وقوله عم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه يقتضي
ان يرد الذي لم يره وحده فتعارضا فما وجه ترجيح حديث النهي على المجيز واجيب
عنه بوجوه الاول ان موجب النهي مطرد في جميع صوره وموجب المجيز ليس كذلك
فانه لا يملك الرد اذا تعيب او اعتق احد العبدين او دبره والمطرد راجح ورد بان
حديث النهي خص منه ما قبل ولم يرده الثاني ان حديث النهي منطوق في ردها
وحديث المجيز مفهوم والمفهوم لا يعارض المنطوق حتى يحتاج الى الترجيح الثالث
ان المحرم مقدم على المبيح عليهما في الاصول الرابع ان النهي جعلناه متاخرا عن
المبيح لئلا يلزم تكرار النسخ يعني لو قلنا ان المحرم كان متقدما على المبيح فالمحرم
كان ناسخا للاباحة الاصلية التي كانت قبل البعثة ثم المبيح يكون ناسخا
للمحرم فيتكرر النسخ فقلنا تاخر النهي لئلا يلزم هذا التكرار وفيه نظر لانه مبني
على كون الاباحة الاصلية حكما شرعيا ولكنه ليس كذلك اذ لم يرد دليل شرعي
في الزمان الماضي دال على اباحة الاشياء قبل البعثة حتى يكون حكما شرعيا
ولا بد في النسخ ان يكون المنسوخ حكما شرعيا فان قيل ان حديث النهي عن
تفريق الصفقة ورد مطلقا وقد قيد تم بما قبل التمام فما المقيد اجيب بان

المقيد هو القياس على ابتداء الصفقة فان البايع اذا اوجب البيع في شيئين لا يملك
المشتري القبول في احدهما لما فيه من الاضرار الى البايع بتفريق الصفقة عليه لان
العادة جارية بضم الجيد الى الردي ترويجا له بالجيد ورد بان تقييد المطلق نسخ
وذلك لا يجوز بالقياس فان قيل ما الفرق بين مسئلة الكتاب وما اذا استحق
احدهما حيث يلزمه ردها في مسئلة الكتاب ان شاء وكذا في خيار الشرط
وفي مسئلة الاستحقاق فانما يرد ما استحق لا برد الباقي اجيب بان ردهما في خيار
الرؤية وخيار الشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام على ما عرفت وفي الاستحقاق
لو ورد كان بعد التمام لان الصفقة فيما كان ملك البايع ظاهرا فلم يثبت في الباقي
عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له ان يرد الباقي
ايضا كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب
والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق ولو كان قبض احدهما
ولم يقبض الاخر ثم استحق احدهما اعني المقبوض له الخيار لتفرق الصفقة
عليه قبل تمامها ولو كان المبيع مكيلا او موزونا فاستحق بعضه بعد القبض
لا يخير لان الشركة ليست بعيب فيه ولو استحق قبل القبض تخير لتفرق الصفقة
عليه قبل التمام ومن راى شيئا ثم راه بعد مدة فوجده متغيرا يخير لان تلك
الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فصار كانه لم يره ولانه بالتغير صار شيئا اخر
لم يره والا اي وان لم يتغير على حالته التي كان عليها حين راه فلا خيار له لان
العلم باوصافه قد حصل له بالرؤية السابقة فينا في ثبوت الخيار له لان ثبوت
الخيار انما يكون بعد العلم بالاوصاف وقد حصل العلم بها بتلك الرؤية فينتفي
الخيار بالضرورة لان ثبوت احد المتنافيين ينافي ثبوت الاخر الا اذا كان
لا يعلم انه هو الذي راه فيما مضى كان راى جارية ثم اشترى جارية متنقبة
لا يعلم انه كان راها ثم ظهرت اياها وكما اذا راى ثوبا فلف في ثوب وبيع
فاشتراه وهو لا يعلم انه كان راه ثم ظهر اياه فان له الخيار في هذه الصور
لعدم الرضاء به لا لعدم حصول العلم به لانه لما كان راه ولم يتغير عار احصل
العلم به فلا يكون له الخيار الا انه لما لم يعلم انه ما قد راه لم يرض به فثبت له الخيا

لذلك

لذلك وان اختلفا اي البايع والمشتري في تغيره فقال البايع لم يتغير وقال المشتري تغير
فالقول للبايع مع يمينه لان التغير امر حادث بعد ظهور سبب لزوم العقد والمشتري
يدعيه والبايع ينكره ويتمسك بالاصل وهو لزوم العقد لظهور سببه وهو
الرؤية السابقة الدالة على المقصود مع البيع البات الخالي عن المفسد والقول
قول المنكر مع يمينه لتمسكه بالاصل والبينة بينة مدعي العارض لان البينات
شرعت لا ثبات خلاف الاصل هذا فيما اذا قربت المدة واما اذا بعدت فالقول
للمشتري لان الظاهر يشهد له فان الشيء يتغير بطول الزمان وبه افتى الصدر
الشهيد والامام المرغيناني وان اختلفا في الرؤية فقال البايع رايته وقال
المشتري لم اره فللمشتري اي فالقول للمشتري لان البايع يدعي عليه العلم بالصفات
وانه حادث والمشتري ينكره فكان القول له مع يمينه وكذا لو اراد المشتري
ان يرده فقال البايع ليس هو الذي بعتكه وقال المشتري بل هو هو فالقول
للمشتري مع يمينه سواء كان ذلك في بيع بات او فيه خيار الشرط او الرؤية
لان الظاهر شاهد للمشتري لانه قابض وكذا لو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب
ثم اختلفا بعد مدة فقال المشتري لم اجده خبازا او كاتبا وقال البايع سلمته
اليك خبازا او كاتبا ولكنه نسي عندك والمدة تحتمل انه ينسى في مثلها فالقول
للمشتري لانه يتمسك بالاصل ويشهد له الظاهر لان العدم في الصفات العارضة
هو الاصل وان الظاهر هو العدم الاصلي والعدم الطاري بالنسيان خلاف الظاهر
كما ان الوجود في الصفات الاصلية اصل فاذا كان القول للمشتري كان له
الرد على البايع لو قبضه والا فلا يجبر على القبض ودفع الثمن ومن اشترى
عدل زطي العدل بالكسر المثل والزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية
فباع منه ثوبا او وهب وسلم فلا ان يرده اي العدل بعيب اي بعد ان قبضه لانه
لو لم يقبضه لم يصح تصرفه فيه ببيع او هبة لا بخيار رؤية او شرط يعني اذا اشترى
عدل ثوب وقبضه وباع ثوبا منه او وهب وسلم لم يرد شيئا من العدل بخيار
الرؤية او بخيار الشرط الا بعيب وجده فيه وذلك لان الرد تعذر فيما خرج
عن ملكه بالبيع او الهبة وفي رد ما بقي منه تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار

من خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها على ما مر بخلاف خيار العيب فانه وان منع
تمامها ايضا قبل القبض الا انه لا يمنع بعد القبض ووضع المسئلة فيما بعد القبض
على ما ذكرناه انفا وتفريق الصفقة بعد التمام جائز ثم لو عاد الثوب الذي
باعه الى المشتري بسبب هو فسخ بان رد المشتري الثاني بالعيب بالقضاء او رجع
في الهبة فكل من المشتري الاول والواهب على خياره فيجوز ان يرد الكل بخيار
الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة على ما ذكره السرخسي
وعن ابي يوسف ان خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه
اعتماد القدوري وصححه قاضيخان الا بسبب جديد **فصل** في خيار العيب
والاضافة فيه من قبيل اضافة الشيء الى السبب والعيب ما يخلو عنه اصل الفطرة
السليمة مما يعد به نا قصا يقال عاب المتاع اي صار ذا عيب وعابه زيد
يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع عن
العيب هكذا صح عن رسول الله عم في شرائه عبدا ولان السلامة لما كانت
اصلا في المخلوق انصرف مطلق البيع اليه والمراد بمطلق البيع ما لم يشترط فيه عيب
لا يقال ان قوله مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع يقتضي ان السلامة لازم
للبيع ومن القاعدة المسلمة ان انتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم فلزم
منه بطلان البيع عند عدم سلامة المبيع وليس كذلك لانا نقول ان السلامة
من العيب لازم لمطلق البيع اي الكامل وهو البيع اللازم فيجوز انتفاء البيع الكامل
عند عدم السلامة ولا يلزم منه انتفاء اصل البيع بل هو باق مع وجود العيب
في المبيع فلمن وجد في مشتريه عيبا رده او اخذه بكل ثمنه كيلا يتضرر بلزوم
ما لا يرضى به اطلقه فشمل ما بعد القبض وما قبله بخلاف ما اذا وجد في بعض
مشتريه عيبا فان فيه تفصيلا سيأتي ذكره عند شرح قوله ولو اشترى
عبدين صفقة وقبض احدهما ووجد بالمقبوض او بالاخر عيبا اه لا امساكه
ونقص ثمنه لان الفائت بالعيب وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
بمجرد العقد لعدم المماثلة بينهما لان الثمن عين قائم بذاته والوصف دونه
لانه قائم بالغير ومقصود بالتبع فلا يقابل العين فاذا لم يقابله لا يجوز ان يأخذ

في

في مقابلة فوائته شيئا من الثمن العين وقولنا بمجرد العقد احتراز عما اذا كانت الاوصاف
مقصودة بالتناول حقيقة او حكما فانها حينئذ يقابلها شيء من الثمن لكن لا بمجرد العقد
بل باعتبار تنزيلها منزلة الاعيان باعتبار القصد بالتناول وقد ذكرناه في
اوائل كتاب البيوع قبيل قوله والزائد له بلا خيار وللبايع الا برضاه بابيعه
بزوال المبيع عن ملكه باقل من الثمن المسمى فانه اذا لم يرض بزوال المبيع كذلك لم يوجد
رضاه فلم يوجد البيع ايضا لان الرضاء معتبر فيه وفيه الزام على البايع بلا بيع
وفيه من الضرر ما لا يخفى فان قيل ان في امساك المشتري بكل ثمنه ما لا يخفى
من الضرر قلنا نعم الا انه يمكن له تداركه برد المبيع بدون مضرة فلا ضرورة
في اخذ النقصان فان قيل ان البايع اذا باع معيبا فاذا هو سليم وليس له
اخذ المبيع من المشتري وفيه ما لا يخفى من الضرر للبايع لانه ربما انه نقص
الثمن على ظن انه معيب فالواجب ثبوت الخيار للبايع في هذه الصورة كما
ثبت للمشتري في عكسه قلنا ان المبيع لما كان في يده طول زمان وتصرف
فيه فانزل عالما بصفة ملكه وراضيا بزواله عنه بالمسمى من الثمن وان نقص
فيه فلا يكون له الخيار واما المشتري فانه ما رأى المبيع فلو لزمنا العقد
مع العيب يتضرر من غير علم له فثبت له الخيار ثم شرع في بيان ضابطة
يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الاجمال فقال وكل ما اوجب نقصان
الثمن عند التجار فهو عيب وهذا لان التضرر لا يكون الا بنقصان المالية
ونقصان المالية بانتقاص القيمة فالتضرر بانتقاص القيمة وانتقاص القيمة
يرجع فيها الى اهل الخبرة وهم التجار او ارباب الحرفة والصنايع ان كان المبيع من
المصنوعات ولا يلزم فيه نقصان العين او المنافع بل العبرة الى نقصان المالية
فان الظفر الاسود الصحيح القوي على العمل عيب لنقصان القيمة وكذا جارية تركية صحيحة
قوية على العمل ولكنها لا تعرف لسان الترك فانه عيب لنقصان القيمة ثم المراد بالعيب
ههنا ما كان عند البايع ولم يعلمه المشتري عند البيع ولا عند القبض حتى لو علمه
عند احدى الحالتين انه عيب يكون رضا بالعيب فلا يتمكن من الرد وان يتمكن
من ازالته بلا مشقة حتى لو تمكن من ازالته لا يتمكن من الرد كاحرام الجارية

فانه تسل من تحليلها ونجاسة الثوب الذى لا يفسد بالغسل وان لا يشترط
البراءة منه خصوصا اوعموما وان لا يزول قبل الفسخ بالعيب حتى لو زال قبله
لا يتمكن له الرد وهذه ست قيود لا بد منها ههنا فاحفظه وههنا مسائل اخرى
لا يتمكن المشترى الرد بالعيب منها ان المولى اذا اشترى من عبده شيئا وهو ماذون
مديون دينا مستغرقا ونقد الثمن فوجد به عيبا لا يرد عليه ولا على بايعه
ان نقد الثمن والا فله الرد على العبد ومنها ان المولى باع عبده من نفس العبد
بجارية ثم وجد بها عيبا كان للمولى ان يرد الجارية وياخذ من العبد قيمة نفسه
فى قول ابح وابى يوسف وقال محمد وهو قول ابح اولا يرجع بقيمة الجارية
ومنها ان الوارث لو باع من مورثه شيئا فمات مورثه فورثه البايع فوجد
به عيبا ليس له ان يرده على احد ولا يرجع بالنقصان ايضا ان لم يكن له وارث
اخر وان كان له وارث اخر فللاخر رده ومنها رجل اشترى لنفسه شيئا من
ابنه الصغير وقبضه واشهد على ذلك ثم وجد به عيبا فاراد ان يرده لنفسه
على ابنه ثم يرده لابنه على بايعه ليس له ذلك ولكن للقاضى ان يجعل لابنه
الصغير خصما يرده عليه ثم يرد الاب لابنه على بايعه ومنها ان العبد الماذون
اذا اشترى شيئا فوجد به عيبا وقد ابراه البايع عن الثمن لا يرد بالعيب ولو كان
المشترى حرا ان كان بعد القبض فكذلك لا يرده وقبل القبض يرده لانه امتناع
عن القبول وذكر فى البحر خمسة اخرى فارجع اليه واعلم ان العيوب الباطنة
المذكورة تشتمل انواعا من العيوب منها ما يكون ظاهرا فى المبيع بحيث يمكن التوصل
اليه بالمشاهدة كالسن الزائد ونحوه ومنها ما يكون فى الجوف كالداء الذى
لا يتوصل اليه الا بقبول بقول الاطباء الذين لهم بصيرة فى معرفة ذلك
ومنها ما يوقف عليه بقول النساء ومنها ما يثبت بالخبر فان كان ظاهرا يعرف
بالمشاهدة صحت خصومة المشترى فى العيب بلا حاجة الى الاثبات فان كان
قبل القبض فللمشترى ان يرده بفسخ العقد بمجرد قوله رددت بلا حاجة الى
قضاء او رضاء وهل يشترط فيه علم البايع برده ام لا ففى الخلاصة عن
وكالة الاصل يشترط علمه دون حضرته ورضاه كعزل الوكيل فان رضى

البايع فبها وان لم يرض واختصما الى القاضى فالقاضى ينظر فى ذلك العيب ان وقع عنده
انه قديم اوحديث لكنه لا يحدث مثله فى هذه المادة رده عليه بقوله
ولكنه يحلف المشترى بالله ما رضى بذلك العيب ولا عرضه على البيع منذ
راه واكثر القضاة على انه يحلف بالله ما سقط حقك فى الرد بالعيب على
الوجه الذى يدعيه البايع لكنه اذا طلب البايع منه يمينه والا فلا يحلف
فى ظاهر الرواية ولو كان العيب قد يحدث مثله فى تلك المدة وقد لا يحدث
فان اقر البايع انه كان عنده يرد عليه وان انكر فاقام المشترى البينة فكذلك
يرده عليه وان لم يقم البينة على ان العيب حدث عنده لكنه اقام البينة
على ان هذا العيب كان عند البايع الاول يرد عليه وله ان يرده على بايعه بتلك
البينة عند ابى يوسف وقيل قول ابح معه فان عجز عن اقامة البينة يحلف البايع
بالله لقد باعه وسلمه اليه بحق هذا العقد وما به هذا العيب فان حلف برئ
وان نكل يرد عليه وان كان العيب فى الجوف ولا يعرف الا بقول الاطباء
فان كان للقاضى معرفة ينظر بنفسه وان لم يكن يدعى رجلان عدلان لهما
وحذاقة فى ذلك فان اتفقا ان به العيب وهما من اهل الشهادة صحت خصومة
المشترى وهذا احوط والواحد يكفى وان كان هذا قبل القبض فعلى ما ذكرناه انفا
وان كان بعد القبض سالهما القاضى هل يحدث مثل هذا العيب فى مثل هذه
المادة اذ قالا لا يحدث رد عليه وان قالا يحدث يحلف البايع على الوجه الذى
ذكرناه وان كان العيب يتوصل اليه بقول النساء كالعيب فى موضع العورة فى
الجوارى الواحدة تكفى والاثنان احوط فان اخبرت امراة واحدة من اهل الشهادة
بوجود العيب ان كان قبل القبض ليس للمشترى حق الفسخ بقولها لكن يقبل قولها
فى ايجاب اليمين على البايع فيحلف على ما ذكرنا وان كان بعد القبض فاخبرت
امراة عدلة بوجود العيب صحت الخصومة ويحلف البايع على البتات لقد باع
وسلم وما بها هذا العيب وان كان العيب مما يتوصل اليه بالخبر كالسرقة والاباق
والبول فى الفراش والجنون لا يثبت ذلك الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين
هذا ما فى الخلاصة وسياتى الزيادة عليه فالاباق قال فى المصباح ابق العبد

اذا هرب من سيده من غير خوف ولا كد عمل والاباق بالكسر اسم منه فهو آبق مثل
كافر انتهى وينا سبه ما نقله في البحر عن الجوهرة الآبق الهارب من غير ظلم السيد
فان هرب من الظلم لا يسمى آبقا بل يسمى هاربا فعلى هذا الاباق عيب والهرب ليس بعيب
انتهى فعلى هذا ان تفسير الاباق بالهرب مطلقا لا يناسب هذا المقام ولو الى ما دون
السفر من مصر الى قرية او بالعكس مثلا وتكلموا في ما دون السفر انه هل يشترط
الخروج من البلدة ام لا ففي الفصول العمادية ذكر رشيد الدين الخروج من البلدة
ليس بشرط لان العيب ما ينقص القيمة وهذا بهذه المثابة وقيل ان البلدة ان كانت
كبيرة كالقاهرة لا يشترط الخروج وان كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه اهلها
وبيوتها يشترط الخروج فقبل الخروج عنها لا يكون عيبا من صغير يعقل اي يأكل
ويشرب وحده واما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يكون عيبا عيب لانه
يفوت المنافع على المولى سواء ابق من المولى او من المستأجر او من المستعير او المودع
بخلاف ما لو ابق من الغاصب الى مولاه او من المشتري الى البايع ولم يحدث عنده
فانه ليس بعيب وكذا لو ابقت الجارية من الغاصب الى مولاها ولو ابق من الغاصب
ولم يرجع الى مولاه عالما بمنزله ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب لما ذكرناه وان فات
احد هذين القيدين فليس بعيب هذا في اباق العبد ولو ابق الثور وفيه ثلاثة
اقوال قيل اذا ابق الثور من قرية المشتري الى قرية البايع لا يكون عيبا وفي الفلاة
عيب وقيل عيب في الثور ايضا وقيل ان دام على ذلك فعيب واما المرة والمرتان
والثلاث فلا وكذا السرقة في العبد والجارية والصغير العاقل والكبير اي
اذا سرق درهم من الفضة من المولى او من غيره فانها عيب ولو دون النصاب
اما سرقة المأكولات للاكل لا يسمى سرقة اذا كانت من المولى لانه يعد من تقصير
المولى اما اذا سرق من غير المولى فانه يعد عيبا ولو سرق لاجل البيع فهو عيب ولو
من المولى لانه لا يعد من تقصير المولى واما في الحنطة اذا سرق كثيرا بحيث يحتاج
الى بيعها فهو عيب سواء كان من المولى او من غيره كذا في الخلاصة وانما كانت
السرقة عيبا لاخلالها بالمق لانه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على
الدوام ويقطع يده اذا سرق من غير المولى نصابا والبول في الفراش اي من صغير

يعقل عيب ايضا لما ذكرناه من انه يخل بالمق وهي اي كل من هذه الثلاثة في الكبير عيب اخر
لان سبب هذه الاشياء تختلف بالصغر والكبر فان الاباق في الصغر لحب اللعب
والسرقة فيه لقلة المبالاة وهما بعده في الكبير بعد البلوغ لخبث في الباطن والبول
في الفراش في الصغر لضعف في المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن فلو ابق او سرق
او بال في صغره ثم عاوده عند المشتري فيه اي في صغره رده به لانه عين ما كان
عند البايع لاتحاد سببه وان عاوده عنده بعد البلوغ لا يرده به لانه غير ما كان
عند البايع لاختلاف سببه وفي الفوائد الظهيرية ان من اشترى عبدا صغيرا فوجد
يبول في الفراش كان له الرد ولو تعيب بعيب اخر عند المشتري كان له ان يرجع بالنقصان
فاذا رجع به ثم كبر العبد هل للبايع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ
لا رواية فيها قال وكان والدي يقول ينبغي ان يسترد استدلالا بمسئلتين احديهما
اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له ردها ولو تعيب بعيب اخر رجع بالنقصان
فاذا رجع به ثم ابانها الزوج كان للبايع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب
فكذا فيما نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ولو تعيب
بعيب اخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برئ بالمداواة لا يسترد والا يسترد والبلوغ
ههنا لا بالمداواة فينبغي ان يسترد انتهى كذا في فتح القدير وفي قاضيخان اشترى
جارية وادعى انها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا ان كان البايع
اعطاه على وجه الصلح عن العيب كان للبايع ان يسترد ذلك وفيها ايضا اشترى
عبدا وقبضه فحم عنده وكان يحم عند البايع قال الامام ابو بكر محمد بن الفضل المسئلة
محفوظة عن اصحابنا انه ان حم في الوقت الذي كان يحم فيه عند البايع كان له
ان يرده او في غيره فلا فقيل له فلو اشترى ارضا فنزت عند المشتري وقد كانت
تنز عند البايع كان له ان يرد لان سبب النز واحد وهو تسفل الارض وقرب
الماء الا ان يجيء ماء غالب او كان المشتري دفع من ترابها فيكون النز غير ذلك
او يشتبه فلا يدري انه عينه او غيره قال القاضي الامام يشكل ما في الزيادات
اشترى جارية بيضاء احدى العينين ولا يعلم ذلك فانجلى البياض عنده ثم عاد ليس
له ان يرد وجعل الثاني غير الاول ولو اشترى جارية بيضاء احدى العينين وهو يعلم

بذلك فلم يقبضها حتى انجلى ثم عاد عند البائع ليس للمشتري الرد وجعل الثاني عين الاول
الذي رضي به اذ كان الثاني عند البائع ولم يجعله عينه اذا عاد البياض عند المشتري
وقال لا يرد ثم قال القاضي الامام كنت اشاور شمس الائمة الحلواني وهو يشاورني
فيما كان مشكلا اذا اجتمعنا فتشاورته في هذه المسئلة فما استفدت منه فرقا
والحاصل ليس له الرد في المسئلتين لكن في الاولى لجعله غير الاول اذ لو كان عينه
لملك الرد لعدم العلم به وفي الثانية لجعله عين الاول اذ لو كان غيره لملك الرد لكونه
لم يرض به والجنون عيب مطلقا اي عند الصغر والكبر ولا يشترط فيه اتحاد الحالين
كما يشترط في الثلاثة المذكورة فلو جن في صغره في يد البائع يوما او ساعة وعاوده
عند المشتري فيه او في كبره رد به لعدم اشتراط اتحاد الحالين لان السبب فيهما واحد
وهو فساد الباطن لان العقل معدنه في القلب وشعاعه في الدماغ والجنون
انقطاع ذلك الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السن وهذا رواية الاصل وجامع
الكبير وقال شمس الائمة الحلواني وشيخ الاسلام المعاودة في يد المشتري ليس شرطا
في الرد لان اثاره لا ترتفع فذلك يتبين في حماليق عينه قالوا والصحيح رواية الاصل
والجامع من اشتراط العود في يد المشتري وقيل يشترط العود كما في الاباق والحاصل
ان المشايخ اختلفوا في الجنون على ثلاثة اقوال قيل انه كالاباق والبول في الفراش
فلا بد من المعاودة في يد المشتري واتحاد الحالين كما في الاباق وهو قول ابي بكر
الاسكاف وقيل المعاودة ليس بشرط فيه نظرا الى قول محمد في الجامع الصغير ان
الجنون عيب لازم ابدا فاذا جن في يد البائع كفى للرد لبقاء اثره في الجملة واختاره
الفقيه ابو الليث والحلواني وشيخ الاسلام وعامة المشايخ على اشتراط المعاودة
في يد المشتري وان لم يتحد الحالان لان الله تعالى قادر على ازالته بالكلية بازالة
سببه وان قل ما يزول فاذا لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد ازالة الله تعالى
هذا الداء وزال العيب فلا يرد بلا تحقق قيام العيب فلا بد له من المعاودة للرد وليس
معنى قول محمد في الجامع الصغير ابدا انه لا يشترط المعاودة بل معناه ان سبب
الجنون في حال الصغر والكبر متحد ابدا وهو فساد الباطن والبخر نتن رايحة
الفم والدفر نتن رايحة الابط وهو بالدال المعجمة المهملة المفتوحة والزنا والتولد

منه اي من الزنا عيب في الجارية لاخلاله المقصود منها اذ قد يكون المق منها الاستفراش
وطلب الولد والطبع يابى من الاستيلاد ممن يتصف بهذه الاوصاف والولد يعير
بزنا امه وكذا الحبل عيب في الجارية لكونه منقصا فيها دون البهايم والمرجع في
الحبل الى النساء على ما في البحر وغيره لا في الغلام لعدم اخلاله المق منه لان المق منه
الاستخدام وذا لا يخل بذلك الا ان يكون من داء فيكون عيبا فيه ايضا او الا
ان يتكرر الزنا منه فانه يصير عادة ويحتاج الى اتباعهن وذلك يخل بالخدمة
ففي هذا الاستثناء ما لا يخفى من المناقشة لانه لا يستقيم بالنظر الى الزنا والتولد
منه فالاولى ما في الهداية حيث قال والزنا عيب في الجارية دون الغلام الا ان
يكون الزنا عادة له انتهى ولا يخفى عليك ان هذا لا يستقيم ايضا بالنسبة الى ولد
الزنا وعن ابي ح ان الزنا ليس عيبا في الجارية ايضا الا ان يفحش فيكون عيبا
فيها دونه وقيل اذا كان الغلام امرد يكون البخر عيبا فيه والصحيح انه لا فرق بين كونه
او غيره كذا في فتح القدير وفيه ايضا ان المراد بالبخر الذي يكون عيبا هو النتن
الناشي من تغير المعدة دون ما يكون لقلح في الاسنان فان ذلك يزول بتنظيفها
ولم يذكر محمد اللواطة بالجارية والغلام قال في القنية والفصولين لو اشترى عبدا
يعمل به عمل قوم لوط فان كان مجانا فهو عيب لانه دليل الابنة وان كان باجر فلا
بخلاف الجارية فانه يكون عيبا فيها كيف ما كان لانه يفسد الفراش وفيها ايضا
لو اشترى حمارا ذكرا يعلوه الحمر ويأتونه في دبره قال وقعت هذه ببخارى
فلم يستقر فيها جواب الائمة وقال عبد الملك النسفي ان طاوع فعيب والا فلا وقيل
عيب والاستحاضة عيب وكذا عدم حيض بنت سبع عشر سنة لان استمرار
الدم وانقطاعه في اوانه علامة الداء في الباطن فكان كل من الاستمرار والانقطاع
في اوانه دليلا على الداء والداء عيب فكذا ما يدل على عيب فكان حقيقة العيب
فيهما بالداء المدلول عليه ولذا قالوا انه اذا اراد ان يرد بعيب الاستمرار والانقطاع
لا بد ان يدعي انها استمر دمها لحبل بها او لداء بها او انقطع دمها لحبل او لداء
بها واما اذا ادعى الاستمرار والانقطاع بدون انضمام الحبل او الداء لا يسمع
دعواه لانها بدون الحبل او الداء لا يعد عيبا وانما يعد عيبا بهذين السببين

ولذا قالوا في قاضيخان ولو اشترى جارية وقبضها ثم قال انها لا تحيض قال محمد بن
الفضل لا يسمع دعوى المشتري الا ان يدعي ارتفاع الحيض بالحبل او بسبب الداء
فان ادعى بسبب الحبل يسمع دعواه ويريها القاضي النساء ان قلن هي حبلى يحلف
البايع ان ذلك لم يكن عنده وان قلن هي ليست بحبلى فلا يمين على البايع وفي دعوى
الحبل يرجع الى النساء وفي معرفة داء في باطنها الى الاطباء ثم في الداء يرد
بشهادة رجلين اذا يشهدا انه قديم واما الحبل ثبت بقول النساء في حق الخصومة
ولا يرد بشهادتهن انتهى اذ المرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء الى قول الاطباء
ويكتفى بقول واحدة من النساء في حق الخصومة والدعوى لا في حق الرد وكذا
يكتفى بقول طبيب واحد عدل في المرض الباطن ولا يشترط العدد ولفظة
الشهادة عليها نص عليه في الكافي وابو المعين في شرح الجامع الكبير وفي فتح
القدير وهو اوجه لانه لتوجه الخصومة لا للرد وذكر قبله لا يثبت العيب بقول
الاطبا حتى تسمع الخصومة الا ان يتفق منهم عدلان بخلاف العيب الذي لا يطلع
عليه الا النساء فانه يقبل في توجيه الخصومة قول امراة واحدة ولا اقل من
تلك المدة هذا عند ابي ح لان اقصى مدة البلوغ عنده سبعة عشر سنة فعدم الدم
فيما دونها لا يعد عيبا لاحتمال صغرها وكذا انقطاعه في سن الاياس لا يعد عيبا
وعندهما اقصى مدة البلوغ خمسة عشر سنة ويعرف ذلك اي استمرار الدم
وانقطاعه بعد المدة المذكورة بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البايع قبل
القبض وبعده هو الصحيح بعني اذا ادعى المشتري ذلك وانكره البايع لا يرد عليه
بمجرد قول الامة وحدها بل لا بد من مؤيد بقولها فيستحلف البايع فان نكل ترد عليه
بنكوله قبل القبض وبعده في ظاهر الرواية وهو الصحيح قيل هذا احتراز عما قال
ابو يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة بلا يمين البايع لضعف
العقد قبل القبض وعنه ايضا انها ترد قبل القبض بقولها بلا يمين البايع بلا قضاء
ولا رضاء وعما قال محمد اذا كانت الخصومة قبل القبض يفسخ بقول النساء
وجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها الا بمؤيد وهو نكول البايع عند
عدم بينة المدعي واعترض عليه بان ما قال ابو يوسف ومحمد انما هو في دعوى

البكارة والرتق والقرن لا في دعوى انقطاع الحيض وقياس هذا على ذلك غير صحيح اذ
لا يعرف البكارة والقرن والرتق الا من النساء فتقبل قولهن فيها بخلاف دعوى انقطاع
الحيض لان قول النساء غير معتبر فيها كيف وقد ذكروا ان الشهادة على الانقطاع لكونه
عيبا لا تقبل اذ لا يطلع عليه ثم ههنا كلام لا بد من ذكره وهو انه ذكر في النهاية في
صورة الخصومة في انقطاع الحيض ان المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي
يسأله عن مدة الانقطاع فان ذكر مدة قصيرة لا يسمع دعواه وان ذكر مدة مديدة
سمعت والمدة المديدة على ما روي عن ابي يوسف مقدرة بثلاثة اشهر وعلى ما روي
عن محمد باربعة اشهر وعشرة ايام وعلى ما روي عن ابي ح وزفر بسنتين وما دون
المديدة قصيرة فان كان القاضي مجتهدا اخذ بما ادى اليه اجتهاده والا اخذ
بما اتفق عليه اصحابنا وهو سنتان واذا سمع الدعوى سال البايع اهي كما تدعي
المشتري فان قال نعم ردها على البايع بالتماس المشتري وان قال هي كذلك
عنده وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة فان طلب المشتري يمين البايع
يحلف البايع فان حلف بريء وان نكل ردت عليه وان شهد للمشتري شهود لا يقبل
شهادتهم على الانقطاع وتقبل على الاستحاضة لانها مما يمكن الاطلاع عليه
ولا يمكن على الانقطاع الذي يعد عيبا وان انكر البايع الانقطاع في الحال هل يستحلف
عند ابي ح لا وعندهما يستحلف وهكذا ذكره في الزيلعي ايضا وهذا مخالف لما ذكره
قاضيخان اشترى جارية فقبضها فلم تحض عند المشتري شهرا او اربعين يوما
قال القاضي الامام ارتفاع الحيض عيب وادناه شهر واحد اذا ارتفع هذا القدر
عند المشتري كان له ان يرده اذا ثبت انه كان عند البايع انتهى وهذا كما ترى
لا يشترط ثلاثة اشهر ولا اربعة اشهر وعشر ولا سنتين كما اشترط فيما ذكر في
النهاية والزيلعي قال في فتح القدير ينبغي ان يعول على ما ذكره قاضيخان من عدم
اشتراط المدة المذكورة في حق الانقطاع وانما المدة المذكورة على الخلاف الذي
ذكر في استبراء ممتدة الطهر فعند ابي ح وزفر سنتان وعند ابي يوسف ثلاثة
اشهر وعند محمد اربعة اشهر وعشر وفي رواية عن محمد شهران وخمسة ايام
وعليه الفتوى والرواية هناك اي في استبراء ممتدة الطهر ليست واردة هنا

لان الحكم في الاستبراء ذلك لا اعتبار فان الوطي ممنوع شرعا الى الحيضة لاحتمال
الحبل فقدره ابو ح وزفر بسنتين لانه اكثر مدة الحمل فاذا مضتا ظهر انتفاؤه فجاز
وطئها وقدره محمد باربعة اشهر وعشر اعتبارا بعدة المتوفى عنها زوجها ولان
فيها يظهر الحبل غالبا وقدره ابو يوسف بثلاثة اشهر اعتبارا بعدة المراة التي
لا تحيض بخلاف ما نحن فيه فان الحكم ليس فيه الا كون امتداد الانقطاع عيبا
فلا يتجه اناطته بسنتين او غيرها من المدة المذكورة لان كونه عيبا باعتبار كونه
يؤدي الى الداء وطريقا اليه وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة مما ذكر وبهذا
ظهر انه لا يحتاج في دعوى الانقطاع للرد به الى تعيين انه عن حبل او داء في
الدعوى على ما زعم ابنه وقد ذكرناه آنفا فان كونه عيبا باعتبار كونه مفضيا
الى الداء لا لانه لا يكون الا عن داء يتقدم عليه فلذا لم يتعرض قاضيخان في
المسئلة السابقة آنفا الى اشتراط كون الانقطاع عن احدهما بل اذا ادعى الانقطاع
في اوانه فقد ادعى العيب ويكفي شهر واحد فان به يتحقق الانقطاع في اوانه وهو
عيب لانه ان كان في الواقع مسببا عن داء فهو عيب او طريقا اليه فكذلك
فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط قال في فتح القدير وهو الذي يجب ان
يعول عليه وهذا هو الظ من ظاهر قول المص حيث قال ويعرف ذلك بقول الامة
وكذا قال في الهداية وغيرها فانه لو شرط لزوم دعوى الداء او الحبل في دعوى
عيب الانقطاع لم يتصور ان يثبت بقول الامة توجه اليمين على البايع بل لا يرجع
الا الى قول الاطباء والنساء فترتيب الخصومة على ما هو الظ من قول المص والهداية
وقاضيخان ان يدعي المشتري الانقطاع في الحال ووجوده عند البايع فان اعترف
البايع بهما ردت عليه وان انكر وجوده عنده واعترف بالانقطاع في الحال
استخبرت الجارية فان ذكرت انها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد
عنده فان نكل ردت عليه وهذا معنى قول المص فترد اذا انضم اليه نكول البايع
ولو اعترف بوجوده عنده وانكر الانقطاع في الحال فاستخبرت الامة فانكرت
الانقطاع والحال انه لا يقبل عليه بينة المشتري لعدم امكان الاطلاع عليه على
ما تقدم آنفا فهل يحلف البايع فعلى ما ذكرنا من النهاية انه لا يحلف عند ابي ح ويحلف

عندهما على العلم بالله ما يعلم انها منقطعة عند المشتري فان نكل اتجهت الخصومة
وان حلف تعذرت وفي فتح القدير ولعمري فلا يحلف لذلك الا وهو بار في يمينه
ومن اين له العلم بانها عند المشتري لم تحض ولعل ما ذكره صاحب النهاية مبني على
ما ذكره في صورة الخصومة من اشتراط دعوى ان الانقطاع من حبل او داء
والكفر عيب فيهما اي في الجارية والغلام لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر
للعداوة الدينية وذلك يؤدي الى قلة الرغبة وهي تؤثر في نقصان الثمن
فيكون عيبا ولانه يمنع عن صرفه في كفارة القتل بالاتفاق وعن كفارتي
الظهار واليمين عن بعض العلماء فيختل الرغبة فيكون عيبا وفي التزامه بغاية
الاضرار بالمشتري ولو اشتراه على انه مسلم فوجده كافرا يرده ولو بالعكس
لا يرده لانه زائل العيب وزوال العيب ليس بعيب كما اذا اشترى معيبا فوجده
سالما والنكاح عيب فيهما على ما صرح جوابه وكذا الشرب عيب فيهما اذا اعلن
وادمن والا فلا على ما في الفصولين وفي فتح القدير ومن العيوب عدم الختان
في الغلام والجارية المولدين البالغين بخلافهما في الصغيرين وفي الجليب من
دار الحرب لا يكون عيبا مطلقا وفي قاضيخان وهذا عندهم يعني عدم الختان في
الجارية المولدة اما عندنا عدم الخفض في الجواري لا يكون عيبا وكذا الثيب عيب
في الجارية لا اخلاله في المالية فلو اشترى على انها بكر فوجدها ثيبا ترد والدين
لان ماليته مشغولة به والغرماء يقدمون على المولى سواء كان الدين للغلام
او للجارية ومطالبا به في الحال او بعد العتق اما الاول فظ واما الثاني فلتضرر
المولى بنقصان ميراثه من حيث كان وارثا وقال الشافعي الدين المعلق الى ما بعد العتق
ليس بعيب واستحسنه بعض مشايخنا والحجة عليه ما ذكرناه والسعال القديم
وهو ما كان عن داء اما المعتاد فلا على ما في فتح القدير والشعر والماء في العين
وكذا غيرهما من امراض العين لانها تورث العمى وضعف البصر فيختل المقصود وعلم انه
ذكر اولا ضابطة للعيب ثم ذكر عددا منه ولنزد عليه زيادة للفائدة فالعيوب
على اقسام الاول ما يكون ظاهرا معاينا يراه كل احد كالعور والشلل والصمم والخرس
والعرج والسن الساقط والسن السوداء والزائدة والاصبع الزائدة والناقصة

والشدق والقروح والامراض الظاهرة كلها وسواد الظفر والعسر الذى لا يستطيع
العمل بيمينه والتولول والخال اذا كانا فى موضع يستقبحان والا فلا يكون عيبا ونحو
ان يكون تحت الابط ام والركبة واما على الانف فعيب والصهوبة فى الشعر عيب
والشمط عيب وهو ان يكون بعض شعر الراس او اللحية ابيض والبعض اسود فى
غير اوانه والحرن فى الدابة عيب وهو ان يقف ولا ينقاد والجموح عيب ايضا
وهو ان لا يقف عند الالجام وخلع الراس عيب وهو ان يخلع اللجام والعذار من
الراس وبل المخلاة اذا كان ينقص الثمن وهو ان يبل المخلاة من ماء فيه الى غير ذلك
وفى غير الحيوان كالهشم فى الاوانى والحرق والعفونة فى الثياب والنزو
والسبخ فى الارض فاذا لم يعلم بها المشترى وعلمها بعد البيع فله ان يرده اذا كان
لا يحدث مثله فى تلك المدة الا ان يدعى البايع البراءة او رضا المشترى به وهو ينكر
فح لا يرده ما لم يقم البينة على ذلك او يحلف المشترى وان كان ما يحدث مثله فى
تلك المدة فالقول للبايع ان العيب لم يكن عنده مع يمينه ان لم يقم المدعى البينة القسم
الثانى ما لا يعرفه الا الاطباء كالدق والسل والحمى القديمة والداء فى الجوف الذى
لا يصل اليه الا الاطباء فعلى القاضى ان يريه واحدا من الاطباء فيقيدها فى
فتح القدير بكونهما اخرا قا مسلمين والاثنان احوط وفى القنية اختلفا فى كون
القرحة قديمة فشهد البصراء من الاطباء انها لا تحدث مثلها فى المدة التى
قبضها المشترى منه يقبل شهادتهم ويرد انتهى القسم الثالث ما لا يعرفه الا
النساء وهو فى موضع لا يطلع عليه الرجال فعلى القاضى ان يريه حرة عدلة
والاثنان احوط القسم الرابع ما يعرف بالاخبار كالاباق والسرقة والزنا
والبول فى الفراش والكلح والشرب فى الغلام والامة والجنون لا يسمع
خصومة المشترى ما لم يقم البينة على العيب عنده وهل يشترط المعاودة فى يد
المشترى فى صحة الدعوى ففى الخلاصة لا ذكر لها فى الكتب المشهورة وذكر
فى كتاب الاحاد انه يشترط المعاودة فى يد المشترى فى جميع العيوب الا فى
الزنا قال وهذه رواية محمد قال وفى الاملاء قال ابو يوسف وكذا الجنون
على المختار وكذا ولادة الجارية وتولد الرقيق من الزنا لا يشترط المعاودة فى يد

المشترى وفيها ايضا عن شرح الطحاوى ظهور العيب شرط لصحة الخصومة ولظهوره
اسباب يظهر بعضه بالمشاهدة وبعضه يظهر بقول الاطباء وبعضه يظهر بقول
النساء وبعضه يظهر بالاخبار ففى كل من هذه الاقسام الاربعة لا بد من ظهور
العيب لصحة الدعوى وقد استوفينا صورة الدعوى وطريق الرد فى كل من الاقسام
الثلاثة الاول آنفا وفيما قبل عند شرح الضابطة ولنذكر ههنا صورة الدعوى
وطريق الرد فى القسم الرابع فقال فى الخلاصة لو ان المشترى اذا جاء بقول وجدته
ابقا او يبول فى الفراش او وجدته سارقا وقد كان وجد ذلك عند البايع بعد
البلوغ لا يخلو اما ان يقر البايع بالامرين جميعا او ينكر الامرين جميعا او اقر بوجوده
عنده وانكر وجوده عند المشترى او اقر وجوده عند المشترى وانكر وجوده عنده
فان اقر بالامرين جميعا له ان يرده على البايع وان انكر الامرين جميعا لا يصح خصومة
المشترى الا اذا اقام البينة على ذلك ف وجوده فى صحة الخصومة ثم يحتاج الى
اقامة البينة على وجوده عند البايع بعد البلوغ فان اقام البينة يرد عليه وان
عجز عن اقامة البينة على وجوده عند البايع فله ان يحلف البايع على البتات
بالله لقد باع وسلم وما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال وفى السرقة والبول فى الفراش
كذلك وفى الجنون يحلف بالله ما جن قط ولو عجز عن اقامة البينة على وجوده
عنده وعند البايع لا يصح الخصومة وله ان يحلف البايع على العلم باظهار العيب
بالله ما تعلم انه وجد ذلك عند المشترى فان حلف لم يظهر العيب ولا يصح الخصومة
من المشترى وان نكل ظهر العيب وصحت خصومة المشترى ثم يحلف ثانيا على البتات
بالله لقد باع وسلم وما وجد ذلك عنده منذ بلغ مبلغ الرجال وفى الجنون
ما جن قط ولو اقر البايع بوجوده عنده وانكر وجوده عند المشترى ليس له حق
الرد حتى يظهر وجوده عنده اما باقامة البينة او بتحليف البايع على العلم واذا
اقر بوجوده عند المشترى وانكر وجوده عنده صحت خصومة المشترى فيحلف
البايع على البتات بالله لقد باع وسلم وما وجد ذلك منه مذ بلغ مبلغ الرجال
وفى الجنون ما جن قط هكذا ذكره وقال الكل فى شرح الطحاوى والحاصل ان
البايع لا يحلف للرد يمين البتات حتى يثبت العيب الذى المدعى اما بالبينة او بتحليف

البايع على العلم ولم يذكر خلافا في التحليف على العلم وقد ذكروا فيه خلافا بين ابي ح
وصاحبيه فعند ابي ح لا يحلف على العلم على قيام العيب في الحال وعندهما يحلف وهل
يرده بالقضاء ففي الخلاصة رجل باع جارية وسلمها الى المشتري ثم وجد المشتري
بها عيبا فاراد ان يردها على البايع كان للبايع ان لا يقبل الرد بغير قضاء وان كان
يعلم بالعيب لانه لو قبلها بغير قضاء لا يكون له ان يردها على بايعه انتهى وان ظهر
عيب قديم كان عند البايع بعد ما حدث عند المشتري عيب اخر بآفة سماوية او غيرها
رجع بالنقصان الحاصل من العيب القديم بان يقوم المبيع سالما عن العيب القديم
ومعيبا به فما كان بينهما من عشر او ثمن او سدس او نحوها يرجع به وفي الخلاصة
نقلا عن الفتاوى وتفسير النقصان بالعيب انه يقوم وبه العيب ثم ينظر كم انتقص
من قيمته لاجل العيب ان كان النقصان قدر عشر القيمة فحصة العيب عشر الثمن
وان كان ربعها فربع الثمن ولو كان بيع مقايضة فاذا انتقص قدر عشر قيمة المبيع
يرجع بعشر ما جعل ثمنا من العروض والمقوم لا بد ان يكون اثنين يخبران بلفظة
الشهادة بحضرة البايع والمشتري والمقوم من يكون اهلا في كل حرفة انتهى
كثوب شراه فقطعه فاطلع على عيب فانه يرجع بنقصان العيب على الوجه الذي
ذكرناه لامتناع الرد بعيب القطع الحادث وليس له الرد لان في الرد قبل الرضا
اضرارا بالبايع لخروج المبيع عن ملكه سليما من العيب الحادث وعوده معيبا اضرار
له ولا بد من دفعه عنه والرجوع بالنقصان طريق صالح للدفع فتعين مدفعا
ثم اذا زال العيب الجديد بعد الرجوع بالنقصان فهل له ان يرد المعيب مع النقصان
ففيه اختلاف ذكره في القنية قيل له ذلك وقيل لا وقيل اذا كان بدل النقصان
قائما له ذلك والا فلا الا ان يرضى البايع لاخذه كذلك اي بالعيب الحادث
فله ذلك اي الرد لانه رضي بالضرر والرضاء اسقاط لحقه فان قيل ان الاوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن فكيف يرجع بالنقصان اجيب بانها صارت مقصودة
بالتناول فكان لها حصة من الثمن حتى لو باعه المشتري اي بعد ما قطعه قبل
الخياطة ثم علم بالعيب سقط رجوعه بالنقصان لان للبايع ان يقول كنت
اقبله كذلك لان اخذه كذلك لم يمتنع عليه فلم يكن الرد ممتنعا برضى البايع فكان

المشتري

المشتري بالبيع حابسا المبيع وبذلك يسقط حق الرجوع بالقيمة بالنقصان والاصل
فيه ان تعذر الرد متى كان بصنع من جهة المشتري سقط حق الرجوع بالنقصان
ومتى كان لا بصنع من جهة المشتري لا يسقط حقه في الرجوع كما اذا بلغ الجارية
بعد ما وطئها فانه يبطل حقه في الرجوع بالعيب لان للبايع ان يقول اقبلها بعد
وطئه فتعذر الرد كان بصنعه بخلاف ما اذا وطئها غير المشتري ثم باعها المشتري
بعد ما علم بالعيب بها له ان يرجع بالنقصان وان خاط الثوب بعد ما قطعه
او صبغه احمر قيد به ليكون الزيادة في المبيع اتفاقيا والا فالجواب في صبغه
اسود كذلك عند الامامين لان السواد عندهما زيادة كالحمرة والصفرة او لت
السويق بسمن ثم ظهر عيبه رجع بنقصانه وليس لبايعه ان يأخذه اي ليس له ان يقول
انا اخذه كذلك لامتناع الرد عليه بسبب الزيادة فتعين الرجوع بالنقصان
دفعا للضرر فان قيل هذا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع كالسمن
والجمال فانها لا تمنع الرد بالعيب قلنا ان فسخ العقد ههنا ممكن في الزيادة تبعا
للاصل لانها تمحضت تبعا للاصل باعتبار التولد منه بخلاف الصبغ والخياطة
ونحوها واعلم ان الزيادة اما متصلة او منفصلة وكل منهما اما متولدة من المبيع او
غير متولدة فالمتصلة المتولدة لا تمنع الرد في ظاهر الرواية وغير المتولدة تمنع
بالاتفاق وكذا المنفصلة المتولدة تمنع بالاتفاق وغير المتولدة لا تمنع لكن طريق
ذلك ان يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة وسلم الزيادة للمشتري مجانا وتفصيله
على ما ذكره في الخلاصة نقلا عن شرح الطحاوي المشتري اذا وجد بالمشتري
عيبا ما ازداد المشتري لا يخلو اما ان كان الزيادة متولدة من الاصل او غير متولدة
ولا يخلو اما ان كان يحدوثها قبل القبض او بعد القبض فان كان قبل القبض
والزيادة متصلة متولدة من الاصل كالكبر والسمن والحسن لا تمنع الرد بالعيب
وان كانت متصلة غير متولدة من الاصل كالصبغ والغرس والبناء صار
المشتري قابضا باحداث هذه الزيادة وصارت كانها حدثت بعد القبض فتمنع
الرد ويرجع بالنقصان ولو كانت الزيادة منفصلة متولدة كالولد والثمر واللبن
والصوف والارش والعقر ونحوها لا تمتنع الرد وهو بالخيار ان شاء ردها وان شاء

رضي بها بجميع الثمن ولو لم يجد بالاصل عيبا لكن وجد بالزيادة عيبا ليس له حق رد الزيادة
الا اذا كان حدوث تلك الزيادة قبل القبض يورث نقصا في المبيع فح للمشتري الرد
لاجل النقصان في المبيع ولو قبضها ثم وجد بالمبيع عيبا والزيادة قائمة له حق
الرد بالمبيع خاصة بحصته من الثمن بعد ما قسم الثمن على قيمة المبيع وقت البيع وعلى
قيمة الزيادة وقت القبض ولو وجد بالزيادة عيبا دون المبيع له ان يردها خاصة
بحصتها من الثمن لانه صار لها حصة من الثمن بعد القبض بخلاف الاول ولو كانت
الزيادة منفصلة غير متولدة من الاصل كالهبة والصدقة والكسب لا يمنع الرد
فاذا رد فالزيادة للمشتري بغير الثمن ولا تطيب له عند ح والاصل عنده
ان الزيادة في المبيع ثبات للمشتري تم البيع او انفسخ وفي البيع مع الخيار موقوف
ان تم البيع فللمشتري وان انفسخ فللبايع هذا اذا حدثت الزيادة قبل القبض اما
اذا حدثت بعد القبض ثم اطلع على عيب كان عند البايع ان كانت الزيادة متصلة
متولدة من الاصل منعت الرد والفسخ عند ح وابي يوسف ويرجع بالنقصان
ولو كانت متصلة غير متولدة من الاصل منعت الرد بالاجماع ولو كانت منفصلة
متولدة من الاصل منعت الرد ويرجع بحصة العيب الا اذا تراضيا على الرد فصار
كبيع جديد هذا اذا كانت الزيادة قائمة في يد المشتري فان كانت هالكة بآفة سماوية
جعلت كان لم يكن ولذا ان يسترد المشتري وان هلكت بفعل المشتري ان شاء البايع قبل
ورد جميع الثمن وان شاء لم يقبل ورد حصة العيب سواء كان حدوث الزيادة
يورث نقصانا في الاصل اولا ولو كان الفوات بفعل الاجنبي ليس له ان يرد
لوجوب الضمان على الاجنبي وقيام الضمان كقيام العين ويرجع بحصة العيب
هذا في الزيادة في المبيع بحدوث عيب اخر عند المشتري واما لو لم يزد فيه ولكنه
انتقص بعد القبض فان كان النقصان بآفة سماوية او بفعل المعقود عليه او
بفعل المشتري ليس له الرد لانه لو رده بعيبين بل رجع بالنقصان الا اذا رضي
البايع في برد او يرضى المشتري بجميع الثمن وان كان النقصان بفعل الاجنبي او
بفعل البايع يمنع الرد ويرجع بحصة العيب حتى لو باعه اي لو باع المشتري المخاطه
او صبغه او لته بعد رؤية عيبه لا يسقط الرجوع بالنقصان لان الرد كان

ممتنعا

ممتنعا قبل البيع فلا يكون المشتري بالبيع حابسا له بخلاف ما لو باعه قبل الخياطة
والصبغ فانه يكون حابسا المبيع فلا يرجع ومن هذا قالوا لو اشترى ثوبا وقطعه
لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيبه لم يرجع بالنقصان لان التمليك
حصل قبل الخياطة لانه لما قطعه لباسا له كان واهبا له وقابضا لاجله فتم
الهبة بنفس الايجاب فصار حابسا المبيع فيمتنع الرجوع بخلاف ما لو كان الولد
كبيرا فانه يرجع بالنقصان لان القطع عيب حادث لا يمنع الرجوع بالعيب
وبالخياطة امتنع الرجوع بسبب الزيادة فبالتمليك والتسليم بعد ذلك لا يكون
حابسا المبيع لامتناع الرد قبله ولو اعتق بلا مال او دبر او استولد ثم ظهر العيب
رجع بالنقصان والقياس ان لا يرجع وهو قول الشافعي لان الامتناع صار
بفعله فكان حابسا كما في القتل ووجه الاستحسان ان الاعتاق انهاء للملك
كالموت لان الادمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه بعارض الكفر
موقتا الى وقت الاعتاق والموقت ينتهي بانتهائه فكان الاعتاق انهاء له والشئ
يتقرر بانتهائه فصار كان الملك تقرر عند الاعتاق فيجعل كان الملك باق حكما
والرد متعذر فيرجع بالنقصان دفعا للضرر والتدبير والاستيلاد بمنزلة
الاعتاق لانهما وان لم يزيلا الملك ولكن النقل الى ملك البايع يتعذر بهما ايضا وكذا
اي يرجع بالنقصان ان ظهر العيب القديم بعد موت المشترى اسم مفعول لان
الملك ينتهي بالموت لامتناع الرد وفيه اضرار للمشتري بما ليس بفعله وهو الموت
فيرجع بالنقصان دفعا للضرر عنه ولو اشترى جارية وغاب البايع ثم ظهر
عيبها ورفع المشتري الامر الى القاضي واثبت عنده العيب والشراء فاخذها القاضي
ووضعها على يدي عدل فماتت في يده وحضر البايع ليس للمشتري ان يسترد
الثمن من البايع لان الرد عليه لم يتحقق بذلك لمكان غيبته فهلك على المشتري
ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر وكذا في العمادي وقيل هذا اذا لم يقض
القاضي بالرد على البايع بل اخذ منه ووضعها عند عدل اما اذا قضى عليه
بالرد ينبغي ان يهلك من مال البايع ويسترد المشتري الثمن منه بناء على ان القضاء
على الغائب نافذ في رواية واختاره صاحب الخلاصة وان اعتق على مال

او كاتبه او قتل لا يرجع بشيء اما الاعتاق فلانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل
عليهما في الجامع الصغير وكذا الكتابة وعن ابي ح انه يرجع في الاعتاق على مال لان الاعتاق
انهاء للملك على ما مر وان كان بعوض لان المال ليس بار اصلي بدل من العوارض
واما القتل فلانه لا يوجد الا مضمونا بالقصاص او الدية وانما سقطا عنه ههنا
باعتبار الملك بالشراء فصار كالمستفيد بالملك عوضا اعني سلامة نفسه عن
القصاص وماله عن الدية هذا جواب ظاهر الرواية وعن ابي يوسف وقيل محمد
معه انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي اي القصاص والدية
فصار كالموت وفيه الرجوع على ما تقدم وهذا قول الشافعي واحمد وكذا لو اكل الطعام
الذي اشتراه كله او بعضه او لبس الثوب فتخرق لا يرجع ولا يرد ما بقي عند ابي ح
خلافا لهما وهو القياس لانه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه
فاشبه الاعتاق بلا مال فيرجع بالنقصان ولهما في اكل البعض روايتان
في رواية انه يرجع لما ذكر وفي رواية انه يرد ما بقي بعد الاكل لانه لا يضره التبعيض
ويرجع فيما اكله وفي بيع البعض عنهما روايتان ايضا في احديهما انه لا يرجع
بشيء اصلا كما هو قول ابي ح وفي الاخرى يرد ما بقي لعدم ضرر التبعيض ويرجع
بالنقصان فيما باع اعتبارا للبعض بالكل ولابي ح ان الرد تعذر بفعل مضمون
عن المشتري في المبيع وهو الاكل واللبس مع الخرق كما اذا باع او قتل وباعتبار
ملكه بالشراء استفاده البراءة عن الضمان فذلك بمنزلة عوض سلم له والجواب
عن قولهما انه لا معتبر بكونه مقصودا لان البيع ما يقصد بالشراء ايضا ثم هو
يمنع الرجوع بالاتفاق وكذا الهبة مما يقصد بالشراء ايضا مع انها يمنع الرجوع
بالنقصان ايضا وفي الخلاصة ولو وهب او تصدق به او استاجر او صالح
بالمبيع عن مال ثم وجده معيبا لا يرجع بالنقصان انتهى والصواب او اجر بدل
استاجر تامل وفي الخامس والعشرين من العمادية اذا امتنع الرد بفعل مضمون
لم يكن للمشتري ان يرجع بنقصان العيب كما اذا خرج المبيع من ملكه ببيع او هبة
ثم اطلع على عيب لم يكن له ان يرجع بنقصان العيب والفقه في ذلك ان المشتري
صار ممسكا لان البايع يقول ادها علي حتى اقبلها ولو باع بعضها كذلك لا يرجع

بنقصان

بنقصان العيب فيما باع ولا يرد ما بقي في قول اصحابنا الثلاثة ولا يرجع بالنقصان
انتهى اقول والفتوى على رد ما بقي لما في فصل ما يرجع بنقصان العيب ان اشترى
طعاما فباعه ثم علم العيب كان عند البايع لا يرجع بنقصان العيب وان باع بعضه
ثم وجد به عيبا عند ابي ح وابي يوسف وبعض الروايات عن محمد لا يرد ما بقي
ولا يرجع بنقصان العيب لا فيما باع ولا فيما بقي وعن محمد في رواية لا يرجع بنقصان
ما باع او يرد الباقي بحصته من الثمن وبه اخذ الفقيه ابو جعفر والفقيه ابو الليث
وعليه الفتوى وان اشترى بيضا او جوزا او بطيخا او قثاء وهي نوع من الفاكهة
يشتبه الخيار او خيارا او غيرها من الفواكه فكسره غير عالم بعيبه لانه لو كسره
بعد علمه بعيبه لا شيء له على البايع اصلا على ما في الخلاصة لان كسره بعد علمه
بعيبه قول منه فوجده فاسدا بان كان منتنا او مرا فان كان منتفعا به اي المكسور
ولو لعلف الدواب رجع بنقصانه ان لم يتناول منه شيئا بعد ما ذاقه ولم يعلم
عيبه حين كسره دفعا للضرر بقدر الامكان من الجانبين واما اذا تناوله بعد
ذوقه او كسره عالما بعيبه لم يرجع بشيء على البايع لكونه راضيا والا اي وان لم يكن
المكسور منتفعا به اصلا فبكل الثمن اي ياخذ كل الثمن لانه بالكسر تبين انه ليس
بمال فيكون البيع باطلا في الكل فان قيل هذا صحيح في البيض لان قشره لا قيمة
له واما الجوز فربما يكون لقشره قيمة في بعض المواضع ليستعمل استعمال الحطب
لعزة الحطب فيجوز ان يكون العقد صحيحا في القشر بحصته لمصادفته المحل
ويرجع على البايع بحصة اللب على ما ذهب اليه بعض مشايخنا اجيب بان
المختار انه لا عبرة لصلاحية القشر اصلا لان مالية الجوز باعتبار اللب
دون القشر ولو وجد البعض اي بعض المبيع المتعدد فاسدا وهو قليل كالواحد
والاثنين في المائة صح البيع استحسانا وليس له ان يخاصم البايع لاجله
لانه عند الاقدام قد رضي بما هو المتعارف ونحو الجوز لا يخلو عن قليل فساد
وقد رضي به وفي البحر القليل الثلاث وما دونه في المائة والكثير ما زاد على
الثلاث والا اي وان لم يكن الفاسد اقل فسد البيع لان للاكثر حكم الكل ورجع
بكل الثمن عند ابي ح وعندهما يجوز بحصة الصحيح منه هذا اختيار بعض المشايخ

وهو الاصح على ما في التبيين وقال بعض مشايخنا انه فسد بالاتفاق لانه جمع بين المال
وغير المال والجواب ان الجمع بينهما انما يفسد لو كان التفريق يضر بالبائع ولا فلا قلت
ان الفاسد لما لم يكن مالا وكان البيع في مال ضم الى ما ليس بمال باطلا ككبيع قن ضم الى
حر على ما سياتي لا يفيد عدم ضرر التفريق بالبائع في صحته والا لزم صحة البيع في
القن الذي ضم الى الحر فمنه ظهر قوة قول بعض المشايخ ومن باع اي قبل ان يطلع العيب
ما شراه فرد عليه بعيب بقضاء باقرار وذلك بان يدعي على بايعه وهو المشتري
الاول انه اقر بالعيب وانكره بايعه فاثبته المدعي بالبينة كذا ذكره في الهداية وقال
في العناية انما احتيج الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر اقراره لا يكون الرد محتاجا الى القضا
بل يرد عليه باقراره بالعيب وح ليس له ان يرده على بايعه لانه كالاقالة ويرده
في الفصولين حيث قال لا حاجة الى هذا التاويل لانه يمكن ان لا ينكر اقراره مع انه لا يرضى
بالرد فيرد بحكم القاضي فلا يكون بيعا في حق بايعه لعدم الرضا كما في وكيل البيع
اذا رد القاضي باقراره بخلاف رده باقراره بلا حكم فانه بيع في حق الثالث انتهى
او نكول عن يمين على انكار العيب او بينة على وجود العيب رده على بايعه اذا ثبت
ان العيب كان عند البايع الاول كذا في شرح المجمع وذلك لان الرد بالقضا فسخ
للعقد من الاصل فجعل البيع الثاني كان لم يكن والبيع الاول باق فله الرد على بايعه
وكذا الوكيل بالبيع فانه لو رد عليه المبيع بعيب بالبينة فهو رد على الموكل ولا حاجة
للوكيل الى الخصومة مع موكله لان البيع هنا بيع واحد فرده على الوكيل رد بعينه
على الموكل على ما سياتي تفصيله في باب الوكيل بالبيع ثم ما ذكره المص هو المشهور
من الرواية وعن محمد انه لا يرده على بايعه ان رد عليه ببينة لانه انكر قيام العيب به
اقرارا منه على انه سليم من العيب فلو كان له الرد لكان مناقضا واجيب عنه بانه
قد صار مكذبا شرعا فبطل اقراره فلا تناقض وفي الحقايق ان موضع الخلاف
دعوى وجود العيب عند البايع الاول اذ لو اقام المشتري الثاني بينة على ان العيب
كان عند المشتري الاول ليس له ان يخاصم بايعه بالاتفاق للتناقض فان قيل
انه لما باشر سبب الفسخ وهو النكول او الاقرار بالعيب كان راضيا بالمسبب في الرد
عليه بالنكول او الاقرار بالعيب لا يلزم الرد على بايعه على ما هو مذهب زفر قلنا

المسئلة

المسئلة مفروضة فيما اذا اقر بالعيب وابى عن القبول فرد عليه القاضي جبرا فالفسخ
يثبت جبرا بقضاء القاضي لا باقراره ولا بنكوله فينفذ قضاؤه في حق الكافة فكان
له ان يرده على بايعه لانه لما فسخ العقد جبرا عاد اليه قديم ملكه فصار كانه لم يخرج
عن ملكه فان قيل قد ثبت انه لو باع امته الحبلى وسلمها ثم ردت بعيب بقضاء ثم
ولدت فادعاه ابو البايع لم يصح دعوته وانه لو احال البايع غريمه على المشتري
بالثمن ثم رد المبيع بعيب بقضاء لم يبطل الحوالة وانه لو باع عقارا فرد بعيب بقضاء
لم يبطل حق الشفعة للشفيع على ما صرح به في الزيلعي وغيره فلو كان القضا فسخا
من الاصل لزم ان يصح دعوة الاب وان يبطل الحوالة والشفعة اجيب عنه بان
حكم الفسخ انما يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى ودعوة الاب وبراءة ذمة المحيل وثبوت
الشفعة مما ثبت قبل الفسخ بالبيع وبالحوالة فلا يسقط بالفسخ بعده الا ترى
ان الواهب اذا رجع في الهبة كان فسخا في حق ما يستقبل من الاحكام لا في حق ما
مضى حتى لا يجب على الواهب زكوة ما مضى من السنين ولو وهب دارا وسلمها فبيعت
دار بجنبها فاخذها الموهوب له بالشفعة ثم رجع الواهب عن الهبة لم يكن له اخذ
الدار المشفوعة بالشفعة على ما في فتح القدير ولو قبله برضاه اي ولو رد عليه
بعيب قبل القضاء برضاه لا يرده عليه اي على بايعه لانه اقالة حكما وهو بيع جديد
في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والثالث هنا هو البايع الاول فصار كان
المشتري الاول اشتراه من المشتري الثاني ولو اشتراه المشتري الاول من المشتري
الثاني لم يكن له ان يرده على البايع الاول فلا خصومة فكذا هذا وهذا اذا كان
الرد على المشتري الاول بعد قبض المشتري الثاني اما اذا كان قبل القبض فلا فرق
بين ما كان الرد بقضاء او بغيره لان الرد قبل القبض بالعيب فسخ في حق الكل سواء كان
بقضاء او برضاء فصار كالرد بخيار الشرط او بخيار الرؤية في عدم التوقف على
في الفسخ على قضاء القاضي واشار باطلاقه الى ان العيب الذي لا يحدث مثله
في مدة كونه في ملك المشتري الاول الى رد المشتري الثاني كالاصبع الزائدة او الناقصة
والذي يحدث مثله في تلك المدة كالقروح والامراض سواء في الرد على البايع الاول
في الفسخ بالقضا وفي عدم الرد عليه في القبول بالرضاء بلا قضا وهو المذكور

في عامة الروايات قالوا وهو الاصح وذكره في بعض روايات البيوع من الاصل
ان العيب اذا كان مما لا يحدث مثله وقد رده بالتراضي فله ان يرده على بايعه للتيقن
بوجوده في يد البايع ثم قيل ينبغي ان يكون هذا في غير العقار ولا يفرق في العقار بين
ان يكون بعد القبض وان يكون قبله لان بيع العقار قبل القبض جائز فيمكن جعله بيعا
جديدا في حق غيرهما وفي الخلاصة عن الجامع الكبير لو ان البايع مع المشتري جدد
البيع ثانيا باقل من الثمن الاول او باكثر ثم رد عليه بعيب لم يكن له ان يرد على بايعه
الاول لانهما قبل التجديد فسخا البيع بتراضيهما فصار كالاقالة ثم قال فيها نقلا عن
الخزانة رجل اشترى من اخر غلاما وباعه من غيره ثم جحد المشتري الثاني الشراء
وحلف عند القاضي ولزم المشتري الاول فوجد به المشتري الاول عيبا فاراد ان يرده
على بايعه له ذلك لان القاضي فسخ ذلك البيع بينهما وعاد اليه بالملك وكذا لو صدقه
على الشراء غير انهما تصادقا على ان البيع تلجئة وكذا لو تصادقا على خيار رؤية
المشتري ولو تصادقا على انه لم يكن في البيع خيار ثم جعل احدهما لصاحبه الخيار
فقبض صاحب الخيار المبيع ليس له ان يرد على بايعه الاول لان الفسخ بتراضيهما فصار
كالاقالة ولو ادعى البايع على انسان شراه وكذبه المشتري فان ترك الخصومة
بغير قضاء ليس له ان يرده على بايعه وان كان بقضاء رده المشتري اذا اراد الرد
بالعيب فاقام البايع البينة على اقرار المشتري انه باعه بطل حق الرد بالعيب اذا اشترى
عبدا فباعه من غيره ثم رد عليه بعيب بغير قضاء ليس له ان يرده على بايعه لانه
كبيع جديد انتهى ومن قبض ما شراه ثم ادعى عيبا لا يجبر على دفع ثمنه لانه انكر وجوب
دفع الثمن حيث انكر تعيين حق البايع بدعوى العيب ولانه لو قضى بالدفع فلعله
يظهر العيب فينقض القضاء فلا يقضي به صونا للقضاء عن البطلان ولكن يبرهن
اي المشتري يقيم البرهان على ثبوت العيب وذلك بان يقيم اولا ان العيب الذي يدعي
فيه وجد بالمبيع عنده ثم يقيم البينة على ان هذا العيب بالمبيع كان عند البايع اما
الاول فلانه لو لم يثبت اولا وجود العيب عنده لم يكن له خصومة للرد بالعيب لان
وجود العيب شرط لصحة الدعوى على ما تقدم واما الثاني فلاحتمال انه حدث عنده
لا عند البايع فلا يستحق عليه الرد او يحلف من التحليف لا من الحلف لان المؤثر في

في الجبر هو التحليف لا الحلف بايعه على عدم العيب عنده فان برهن المشتري فهو مخير بين
دفع الثمن وبين رد المبيع وان حلف البايع يتوجه الاجبار على المشتري بدفع الثمن
واعلم انه وقع عبارة الهداية هكذا ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على
دفع الثمن حتى يحلف البايع او يقيم المشتري بينة وهكذا وقع في الجامع الصغير
ايضا وانما عدل المص عنه الى ما ترى من قوله لانه استشكل على عبارة الهداية بان
عطف قوله او يقيم المشتري يقتضي كون اقامة البينة غاية لعدم الجبر كالتحليف وليس
كذلك لان عدم الجبر لا ينتهي باقامة البينة بل يستمر واجيب عنه بوجوه الاول ان
يجعل الكلام من باب علفتها تبنا وماء باردا ورد بانه لا يجوز جعله من هذا الباب
والا يقدر بعد العاطف فعل مع ضميريه المرفوع والمنصوب لانه المراد من باب علفتها
على ما صرح به في المغني وهو غير صحيح هنا والثاني ان يجعل الغاية حقيقة ظهور وجه
الحكم العام للغايتين ورد بان هذا لا يدفع شيئا من الاشكال لان ظهور وجه الحكم
ليس بغاية لعدم الجبر على اطلاقه بل باعتبار تحققه في ضمن احد فرديه هو التحليف
اللهم الا ان يأول عدم الجبر بامر عام ايضا اي الحكم فالمعنى لا يحكم بينهما حتى يظهر وجه
الحكم والثالث ان يجعل عدم الجبر كناية عن الانتظار ورد بان الملزوم لعدم الجبر
هو الانتظار المختص بالجبر على دفع الثمن لا الانتظار العام حتى يحصل المرام ودفع
بان المعتبر في بابي المجاز والكناية عند اهل البيان هو اللزوم في الجملة فيصح الكناية
عن الانتظار المطلق وبان الانتظار المختص بالجبر ينقطع بالبينة كما ينقطع بالتحليف
لان الانتظار على وجود شيء كما ينقطع عند حصوله ينقطع عند الياس عنه ايضا
والرابع ان الاستشكال انما يتم بالنظر الى المفهوم وهو ليس بلازم للكلام ورد بان
الاستشكال تام بالنظر الى المنطوق اذ هو انتهاء عدم الاجبار عند احد الامرين
من التحليف واقامة البينة ولم ينته عند الثاني والخامس ان يجعل العطف عطفا
على المغيا لا على الغاية ورد بانه لا يوجد حينئذ بين المعطوفين حسن تقابل ولذا يأبى
عنه الذوق السليم والسادس جعل المغيا مقيدا بشرط الوجوب على معنى ان
المنفي هو الجبر الواجب فينتهي بالنسبة الى التحليف بارتفاع عدم الجبر وبالنسبة
الى اقامة البينة بارتفاع الوجوب ورد بانه صح عند اقامة البينة قولنا الجبر على

دفع الثمن الواجب منتف والا لصدق نقيضه فيلزم الجبر وهو باطل فظهر ان المغيا
لم ينقطع باقامة البينة والسابع جعل المغيا نفي عدم الجبر لا لعدم نفسه لانه ينتهي
باقامة البينة لاحتمالها القبول فلا يجبر والرد فيجبر ورد بان اقامة البينة انما يتحقق
بالقبول لا بمجرد احضار الشاهدين ولو سلم لكن مقابلة التحليف يقتضي ان يكون المراد
هنا ما ذكر فظهر عدم انتهاء المغيا بالبينة والثامن حمل كلمة او على الاضراب كما في قول
الشاعر كانوا ثمانين او زادوا فالمعنى لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع بل يقيم المشتري
بينة فيظهر وجه تاخير اقامة البينة في الذكر ورد بان هذا انما يستقيم على قول
الكوفيين لان المنقول عن سيبويه انه مشروط بشرطين تقدم نفي او نهي واعادة العامل
اذا عرفت هذا فالمص عدل عن الغاية الى الاستدراك بكلمة لكن وقدم البرهان على
التحليف حذرا عن التكلفات المذكورة فان قال اي المشتري شهودي غيب دفع
الثمن الى البائع ان حلف بائعه لان في الانتظار ضررا له وليس في دفع الثمن كثير
ضرر للمشتري لانه على سبيل من اقامة الحجة عند حضور شهوده فيأخذ ثمنه فان قيل
في بقاء المشتري على حجته بطلان قضاء القاضي وذلك باطل قلنا ان القضاء هنا
موقت بحضور الشهود فلا يلزم البطلان ولزم العيب ان نكل البائع لان النكول
عن اليمين حجة في ثبوت العيب بخلاف الحدود والقصاص فان النكول ليس بحجة فيها
بالاجماع وبخلاف الاشياء الستة فان النكول فيها ليس بحجة ايضا عند ابي ح ومن
ادعى اباق مشتريه هذا شروع في بيان كيفية ترتيب الخصومة في عيب الاباق
ونحوه اي في كل عيب يمكن ان يطلع عليه الرجال بالاخبار ويمكن حدوثه كالسرقة
والبول في الفراش والجنون والزنا والشرب وقد ذكرنا مرارا ان العيوب اربعة انواع
الاول هو هذا اعني ما يعرف بالاخبار ويمكن حدوثه وكيفية ترتيب الخصومة وطريق
الرد به على البائع مذكور في الكتاب وقد ذكرنا انفا والثاني ما يكون ظاهرا يعرف
بالمشاهدة ولا يحدث مثله اصلا او من وقت البيع الى وقت الخصومة كالاصبع الزائدة
والعمى والاصبع الناقصة والسن الزائدة والناقصة فطريق الرد فيه ان يقضي
القاضي بالرد اذا طلب المشتري بغير تحليف للتيقن به في يد البائع والمشتري الا
ان يدعي البائع رضاه به او العلم به عند الشراء او الابراء منه فاذا ادعاه سال

المشتري فان امتنع الرد وان انكر اقام البائع البينة عليه وان عجز عنها يستحلف المشتري
ما علم به وقت البيع او ما رضي به فان حلف رده وان نكل امتنع الرد والثالث ما يكون
عيبا باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فان اعترف به رده عندهما
وكذا اذا انكره فاقام المشتري البينة او حلف البائع فنكل الا ان يدعي الرضا او العلم
به وقت البيع فيعمل بما ذكرناه في القسم الثاني وان انكره عند المشتري يريه طبيبين
مسلمين عدلين والواحد يكفي والاثنان احوط فاذا قال به ذلك يخاصمه في انه
كان عنده والرابع ما يكون عيبا لا يطلع عليه الا النساء كالرتق والقرن والثيابة
وقد اشترى بشرط البكارة فعلى ما ذكر في الثالث الا انه اذا انكر قيامه في الحال
اريت النساء والمراة العدلة كافية فاذا قالت ثيبا او قرنا ردت بقولها عندهما
كما تقدم واذا انضم اليه نكوله عند تحليفه غير ان القرن ونحوه ان كان مما لا يحدث
ترد عند قول المراتين هي قرنا بلا خصومة في ان ذلك كان عند البائع للتيقن بذلك
كما في الاصبع الزائدة الا ان يدعي رضاه فعلى ما ذكر كذا في فتح القدير وقد ذكرناه
في اول الفصل عند شرح الضابطة اوضح منه يبرهن المدعي اولا انه ابق عنده
لانه اذا لم يوجد العيب عند المدعي ليس له ان يرده بالعيب فان اقام بينة على وجود
العيب عنده سمع دعواه فيقال للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي
كانت عند المشتري من الصغر والكبر فان قال نعم رده عليه ان لم يدع عليه الرضا
او العلم او الابراء وان انكر او ادعى اختلاف الحال يقال للمشتري الك بينة فان اقامها
عليه رده عليه وان لم يكن له بينة وطلب اليمين من البائع يستحلف ولذا قال ثم
يحلف بايعه على البتات وانما لم يحلف قبل اقامة المشتري البينة لان القول وان كان
للبائع لكونه منكرا لكن انكاره انما يعتبر بعد ثبوت العيب في يد المشتري لما ذكرناه
وذلك انما يكون بالحجة اولا وانما حلف على البتات مع انه تحليف على فعل الغير وذلك
غير جائز لما ذكره شمس الائمة الحلواني ان التحليف على فعل الغير يكون على العلم مطردا
في جميع المسائل الا في دعوى الاباق حيث يحلف فيها على البتات لان البائع يدعي
تسليم المبيع سليما فالاستحلاف يرجع الى ما ضمن بنفسه ويقال في التحليف بالله
لقد باعه وسلمه وما ابق عنده قط على ما ذكره في الجامع الصغير او بالله ما له

حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط لا بالله لقد باعه وما به
هذا العيب لان العيب قد يكون بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد وفي ذلك غفلة
عن هذا المعنى وبه يتضرر المشتري او لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك
النظر للمشتري لانه يتعلق الحنث بقيام الحالين حالتي البيع والتسليم والمعلق بالشرطين
لا ينزل الا عند وجودهما جميعا فلو باعه وحدث عيب فسلمه لم يحنث في يمينه لانه
يقصد عدم وجود العيب في الحالين جميعا وبه يتضرر المشتري وفي اباق الكبير
يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد
البلوغ لما تقدم فلو حلف مطلقا كان ترك النظر في حق البايع لانه اذا ابق في يد
المشتري بعد البلوغ وقد كان ابق عند البايع في حالة الصغر ومثل هذا الاباق
غير موجب للرد امتنع البايع عن اليمين حذرا عن اليمين الكاذبة فيقضى عليه بالرد
لنكوله ويتضرر به وعند عدم بينة المشتري مربوط بقوله يبرهن اولا على اباقه
عنده يحلف البايع عندهما انه ما لم يعلم انه ابق عنده اي عند المشتري واختلفوا في
قول الامام ابح على ما ذكره الطحاوي انه هل يحلف او يتحقق العجز عن الخصومة فهو
القاضي ابي الهيثم ان الخلاف مذكور في النوادر فعند ابح لا يحلف وعندهما يحلف
وذكر ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير وقال بعض منهم الشيخ الامام ابو بكر
محمد بن حامد لا خلاف في هذه وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على ان قول ابح خلاف
قولهما بل قوله مثل قولهما ووجه قوله على تقدير تحقق الخلاف ان الدعوى معتبرة
لانه يترتب عليها البينة فيترتب عليها التحليف ايضا بالاستقراء ولابح ان الحلف
يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا عن خصم ولا يصير المشتري ههنا خصما
الا بعد اثبات العيب وقد عجز عنه ولانه ان كل ما يترتب عليه البينة يترتب عليه
التحليف فان دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف والبينة لا تستلزم
الدعوى فضلا عن صحتها بل قد تقوم على ما لا دعوى فيه اصلا كما في الحدود
وحقوق الله الخالصة بخلاف التحليف فانه شرع لقطع الخصومة فكان مقتضيا
سابقة الخصم ولا يكون المشتري ههنا خصما الا بعد اثبات قيام العيب في يده ولم يثبت
واما البينة ههنا فمشروعة لاثبات كونه خصما فلا تستلزم كونه خصما قال في القنية

في باب من يصلح خصما ومن لا يصلح وقد يكون الانسان خصما في البينة دون اليمين
في عشر مسائل او اكثر منها ادعى عبدين في يد رجل فانكر ثم صالحه من دعواه على
احدهما بعينه ثم اقام بينة ان العبدين له فله ان يأخذ الاخر ولو اراد ان يحلف ذا
اليد ليس له ذلك ومنها ان الوكيل بالشراء رد المبيع بالعيب فقال البايع رضي
الامر به تقبل البينة على رضاء الامر وليس له ان يحلف الوكيل ومنها الوكيل بطلب
الشفعة ادعى عليه المشتري ان الموكل سلم الشفعة تقبل بينته ولا يحلف الوكيل
عليه ومنها الوكيل بقبض الدين ادعى عليه المديون انه اوفى رب الدين دينه واقام
بينة عليه تقبل ولا يحلف الوكيل بالعلم اذا لم يكن له بينة ومنها اذا ادعى انه وكيل
فلان وانكر تقبل البينة ولا يحلف ومنها اذا ادعى ان فلانا الميت اوصى اليه والى هذا فانكر
تقبل البينة عليه ولا يحلف ومنها ان الاب فيما ادعى على ابنه الصغير خصم في سماع البينة
دون اليمين ومنها ان من ادعى على ميت مالا او حقا من الحقوق وقدم وصيه الذي ليس
بوارث الى الحاكم فليس له ان يحلفه لان اليمين لرجاء النكول والنكول بذل او اقرار وليس
للوصي ولا للاب في حق الصغير ذلك ولو كان الوصي وارثا يحلف لانه يملك البذل
في حصته انتهى فان نكل البايع عن اليمين على العلم انه ما يعلم انه ابق عند المشتري وهو
لصحة الدعوى حلف البايع ثانيا على البتات للرد كما مر اي بالله ما له حق الرد عليك
ونحوه مما ذكر ولو قال بايعه بعد التقابض اي تقابض المبيع والثمن بعتك هذا
مع اخر وفائدة هذه الدعوى للبايع جر نفع جعل الثمن حصة للمعيب وغير المعيب
على تقدير الرد وقال المشتري بل وحده فالقول له اي للمشتري لان الاختلاف
في مقدار المقبوض والقول فيه للقابض لانه اعرف بما قبضه كما في الغصب فانه
اذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في مقدار المغصوب فالقول للغاصب لانه
قابض وكذا اي القول للمشتري لو اتفقا في قدر المبيع بانه اثنان مثلا واختلفا في
المقبوض بان قال البايع قبضتهما ويقول المشتري لا بل قبضت واحدا منهما فالقول
للمشتري لما ذكر من انه قابض فيكون اعرف بما قبضه كما وكيفا وهل يكون القول
مع يمينه او بدون اليمين قالوا مع يمينه لان كل من يكون القول قوله فهو مع يمينه الا
في مسائل معدودة في القنية منها ان الوصي قال لليتيم انفقت عليك كذا من مالك

وذلك نفقة مثله او قال ترك ابوك رقيقا فانفقت عليه من مالك كذا ثم مات الرقيق
او ابق وقال الصغير ما ترك ابي رقيقا او قال الوصي اشتريت لك رقيقا واديت الثمن من
مالك وانفقت عليه كذا فهو مصدق في ذلك كله مع اليمين الان مشايخنا كانوا يقولون
لا يستحسن ان يحلف الوصي اذا لم يظهر منه خيانة ومنها ما روي عن محمد قاض باع
مال اليتيم فرده المشتري عليه بعيب فقال القاضي ابرأتني منه فالقول قوله بلا يمين وكذا
لو ادعى رجل قبل القاضي اجارة ارض اليتيم واراد تحليفه لم يحلف لان قوله على وجه
الحاكم وكذا في كل شيء يدعي عليه وعن ابي يوسف ادعى الموهوب له هلاك الموهوب
عند ارادة الواهب الرجوع فالقول له بدون اليمين ومنها لو قال الواهب شرطت لي
عوضا وقال الموهوب له لم اشترط فالقول له بدون اليمين ومنها اشترى العبد
شيئا فقال البايع انت محجور وقال العبد انا ماذون فالقول له بدون اليمين ومنها
اشترى لابنه الصغير دارا ثم اختلفا مع الشفيع في الثمن فالقول للاب بدون اليمين
ومنها اذا اشترى دارا فجاء الشفيع وانكر المشتري الشراء وقال انها لابني الصغير ولا
بينة للشفيع لا يحلف المشتري بل القول له بدون اليمين ومنها اقر وصي بالنفقة
على اليتيم او القيم على الوقف ومال الصبي والوقف في يده او نحو ذلك من الامنا قبل
قوله بلا يمين اذا كان ثقة لان في اليمين تنفير الناس عن الوصاية فان اتهم قيل
يستحلف بالله ما كنت خنت في شيء مما اخذت به وقيل ينبغي للقاضي ان يقدر شيئا
فيستحلف عليه وكذا هذا فيمن ادعى خيانة مطلقة على مودعه قيل لا يستحلف حتى
يقدر وقيل يستحلف بالله ما خان فيما اسمى فان حلف برئ وان نكل يجبر على
بيان قدر ما نكل عنه ولو اشترى عبدين او ثوبين وليس المراد بالعبدين التخصيص
بل التمثيل على ما صرح به في البحر حيث قال والعبدان مثال والمراد عبدان او ثوبان
او نحوهما اشتري صفقة وقبض احدهما ووجد بالمقبوض او بالاخر عيبا ردهما او اخذهما
اما الثاني وهو الذي وجد العيب في الاخر فلانه لو رد المعيب وحده وهو الاخر
لزم تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم الا بقبضهما جميعا ولم يوجد وتفريق
الصفقة قبل التمام لا يجوز على ما تقدم فان قيل لا نم ان هذا اي رد احدهما بعد
قبض احدهما فقط تفريق للصفقة قبل التمام كيف وان الصفقة قد تمت بالايجاب

والقبول وانما يكون تفريقا لها قبل التمام فيما لو قال البايع بعتكما بالف فقال المشتري
قبلت في هذا بخمسمائة قلنا ان تفريقها في المثال المذكور تفريقها في نفس العقد
قبل تمامه وتفريقها فيما نحن فيه تفريق في المعقود عليه قبل القبض تمامه وتفريق
المعقود عليه قبل تمام القبض مثل تفريق العقد قبل تمامه لان القبض يشبه بالعقد
لانه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة ولان القبض اعتبر موكدا لما اثبته
العقد فكان من تمامه واما الاول وهو الذي وجد العيب في المقبوض فاختلفوا
فيه وروي عن ابي يوسف انه يرد المقبوض المعيب فقط لان الصفقة تامة في حقه
فبالنظر اليه لا يلزم تفريق الصفقة والصحيح ان ياخذهما او يردهما وليس له رد المعيب
وحده وياخذ الاخر لان تمام الصفقة بقبض المبيع كله وهو اسم للكل فلا تتم بقبض
بعضه فصار كحبس المبيع لاجل الثمن فان سقوطه لما تعلق بقبض الثمن فلا يسقط
بقبض بعض الثمن حتى لو بقي درهم من الثمن كان له ان يحبس جميع المبيع فكذا الصفقة
فانها لما تعلقت تمامها بقبض كل المبيع فلا تتم بقبض بعضه ولا يرد المعيب وحده الا
ان ظهر العيب بعد قبضهما لانه يرد المعيب وحده ولا يرد كله خلافا لزفر اعتبارا لما سبق
لان فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر اذ العادة جرت بضم الجيد الى الردي
فاشبه ما قبل القبض وخيار الشرط والرؤية بجامع دفع الضرر ولنا انه اذا قبضهما
جميعا تمت الصفقة لان العيب لا يمنع تمامها وتفريقها بعد تمامها جائز بخلاف خيار
الرؤية والشرط فان الصفقة لا تتم فيها بالقبض على ما مر وتضرر البايع انما هو في
تدليسه فلا يلزم في حق المشتري ولهذا قالوا لو استحق احد العبدين بعد قبضهما ليس
للمشتري ان يرد الاخر ولو استحق قبله له ان يرد الاخر لان الصفقة قد تمت في الاولى
دون الثانية والتفريق في الاول جائز دون الثاني وقالوا هذا الخلاف فيما اذا كان
كل واحد منهما مما يمكن الانتفاع به على الانفراد كما في العبدين واما اذا كان مما لا يمكن
الانتفاع باحدهما دون الاخر كزوجي الخف ومصراعي الباب فانه يردهما او يمسكهما
معا بالاتفاق وان كان بعد القبض حتى لو كان المبيع ثوبين قد الف احدهما بالاخر
بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب وحده بخلاف ما لم يالف احدهما بالاخر
فان له رد المعيب وحده في ظاهر الرواية عليها في المحيط حيث قال لو اشترى زوجي

ثور ثم وجد باحدهما عيبا بعد القبض فان اراد ان يرد المعيب خاصة فظاهر الجواب ان له
ذلك وبخلاف ما لو كان المبيع خاتم فضة او ذهب فيه فص لا يضر قلعه باحدهما فوجد
باحدهما عيبا بعد القبض فله ان يقلع الفص ويرد المعيب منهما ولو وجده قبل القبض
يردها وكذا السيف المحلى والمنطقة المحلاة واما لو اشترى نخلا وفيه ثمر فجنى الثمر ووجد
باحدهما عيبا لا يرد احدهما بل يردهما معا لانهما بمنزلة شئ واحد لان الثمر بعض النخل لكونه
متولدا منه كذا في المحيط ولو وجد بعض الكيلي او الوزني معيبا بعد القبض رد كله
او اخذه لانه لما كان من جنس واحد كان كشئ واحد اسما وحكما وفي الشئ الواحد
اذا وجد بعضه معيبا ليس له الا رد الكل او امساكه لا رد المعيب فقط لان رد الجزء
المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري وهي في الاعيان المجتمعة عيب فرد المعيب
وحده رد بعيب زائد وليس له ذلك فيرد كله او يمسك كله ولو بعد القبض وفي
وعائين على اختيار المشايخ على ما في العناية وقيل هذا ان لم يكن كل من المكيل والموزون
في وعائين والا فهو كالعبدين حتى يجوز رد الوعاء المعيب خاصة لانه يرده على الوجه
الذي خرج من ضمان البائع والمختار المص الاول لما بيناه وفي قاضيخان اشترى طعاما
فباعه ثم علم بعيب كان عند البائع لا يرجع بنقصان العيب وان باع بعضه ثم وجد
به عيبا عند ابي ح وابي يوسف وبعض الروايات عن محمد لا يرد ما بقي ولا يرجع
بنقصان العيب لا فيما باع ولا فيما بقي وعن محمد في رواية لا يرجع بنقصان ما باع
ويرد الباقي بحصته من الثمن وبه اخذ ابو جعفر وابو الليث وعليه الفتوى
انتهى ولو استحق بعضه اي بعض المكيل والموزون بعد القبض ليس له رد ما بقي في رواية
عن ابي ح لان العقد لزم فيه لانه لا يضره التبعيض لان استحقاق البعض لا يوجب عيبا
لا في المستحق ولا في الاخر لاستوائهما في المالية والانتفاع بالباقي ممكن والا يوجب
عيبا في المالية والانتفاع لا يوجب ضررا بخلاف ما لو وجد ببعضه عيبا وميزه
ليرده الى مالكه لان تمييز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب فيرده جميعا او يمسكه
فان قيل انتفاء الخيار في رد ما بقي يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام لان تمامها
بالرضاء ولا رضاء للمستحق قلنا تمام الصفقة ليس برضاء المالك بل برضاء العاقدين
لان العقد حقهما وقد وجد رضاهما ولذا قالوا في الصرف والسلم اذا اجاز المستحق

بعد ما افترقا بقي العقد صحيحا فعلم ان تمام العقد انما هو برضى العاقدين لا المالك وانما قال بعد
القبض لانه لو استحق قبل القبض كلا او بعضا سواء كان المستحق هو المقبوض او غيره
فله ان يرد الباقي لانه تفرق الصفقة قبل التمام بخلاف الثوب الذي اشتراه وقبضه
ثم استحق بعضه حيث له رد ما بقي لان التبعيض فيه عيب لانه يضر في ماليته والانتفاع
به والحاصل ان حكم العيب والاستحقاق سيان قبل القبض في جميع الصور من المكيل
والموزون وغيرهما وكذا بعد القبض الا في المكيل والموزون كما في الهداية وفي مسائل
الاقالة من بيوع قاضيخان رجل اشترى ارضا بشربها فاستحق الشرب قبل القبض
قال محمد يخير المشتري ان شاء اخذ الارض بجميع الثمن وان شاء ترك وكذلك المسيل
وان استحق الشرب بعدما قبض المشتري الارض واحدث فيها بناء او غرسا او زرعا
فان المشتري يرجع بنقصان الشرب والمسيل وجعل محمد لهذا اصلا فقال كل شئ
اذا بعته وحده لا يجوز بيعه واذا بعته مع غيره جاز فاذا استحق ذلك الشئ قبل
القبض كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بجميع الثمن وان شاء ترك وكل شئ
اذا بعته وحده يجوز بيعه فاذا بعته مع غيره فاستحق كان له حصة من الثمن
انتهى ومداواة المعيب بعد رؤية العيب وركوبه رضاء شروع في بيان ما يمنع الرد
بالعيب من تصرف المشتري اما المداواة فلانها ازالة العيب فيكون دليل الاستبقاء
فلا يمكن الرد بهذا العيب الذي داواه الا ان يكون له عيب اخر فله الرد بذلك العيب
الاخر لان الرضاء بعيب ليس برضاء باخر وكذلك الركوب ولبس الثوب لحاجته
والبيع والاجارة والعرض عليها والمطالبة في الغلة والرهن والاعتاق وتوابعه
وحلبة الشاة وشرب لبنها وارضاع الامة ولد المشتري والاستخدام ففي الخلاصة
نقلا عن الامام السرخسي الاستخدام بعد العلم بالعيب مرة ليس برضاء استحسانا
والصحيح ان المرة الثانية دليل الرضاء وحده واما اتلاف كسب المبيع ففي الخلاصة
لو اتلف كسب العبد بعد ما علم بالعيب لا يكون رضاء بالعيب ولا يسقط شيئا
من الثمن وكذا لو كان الكسب جارية فوطئها او اعتقها بخلاف ولد المبيعة فانه لو
اعتقه يكون رضاء اذا كان بعد العلم بالعيب وكذا وطئ الجارية المبيعة بكرا او ثيبا
بعد العلم بالعيب والقبلة واللمس بشهوة بعد العلم كلها يمنع الرد لانها دليل الرضاء

والاصل ههنا ان المشتري اذا تصرف في المشتري بعد العلم بالعيب تصرف الملاك بطل
حقه في الرد بالعيب بخلاف خيار الشرط حيث لا يكون نحو الركوب فيه دليل الرضاء
لان الشرط للامتحان وذلك لا يكون الا للركوب ولو مكث بعدما لو وقف على العيب
ولم يرد في الحال مع القدرة على الرد كان ذلك رضاء كذا في الحاوي القدسي
ولو ركبه لرده على صاحبه او سقيه او شرائه علفه ولا بد له منه اي لا بد للمشتري
من الركوب للسقي او للعلف بان لا يقدر هو بنفسه المشي لضعفه او لكبره او لكون
الدابة جموحا لا تنقاد ولا تنساق حتى يركب عليها او لكون العلف في عدل واحد
حتى لو كان في عدلين وركبها يكون رضى على ما في قاضيخان واما الركوب للرد
على صاحبه فلا فرق فيه بين ان يكون له منه بد او لا لان في الركوب ضبط
الدابة وهو احفظ لها من حدوث عيب آخر على ما في العناية فلا يكون رضاء لعدم
دليله وهو الاستبقاء وفي الفصولين ادعى عيبا في حمار وركبه ليرده فعجز عن
البينة فركبه جائيا فله الرد وفي الفتاوى لو ركب لينظر الى سيرها فهو دليل
الرضاء كما ان لبس الثوب لينظر الى قدرها دليل الرضاء بعد العلم بالعيب بخلاف
ما لو اشترى ثوبا فعرضه على الخياط لينظر ايكفيه ام لا فانه لم يبطل حقه في رده
بعيب وكذا لو عرضه على المقومين ليقوم كذا في البحر نقلا عن الفصولين ولو اشترى
من زيد ثوبا فاراد ان يبيعه من عمرو فقال لعمرو اشتره فلا عيب به ثم لم يبعه منه
ثم وجد به عيبا يرده على زيد واقراره السابق لعمرو بعدم العيب لا يكون دليل الرضاء
لانه مجاز عن الترويج لظهور انه لا يخلو عن عيب ما حتى لو عين العيب وقال
لا عور به ولا شلل ثم وجد به العور والشلل لا يرده على زيد لان اقراره بعدم
العيب المعين دليل الرضاء لامكان احاطة العلم به الا ان يكون ما اقر بعدمه عيبا
لا يحدث مثله بان قال ليس به اصبع زائدة ثم وجد به اصبع زائدة فله الرد لتعين
كذبه ولو قطع يد المبيع عند المشتري بعد قبضه او قتل بعد قبضه بسبب كالسرقة
والقتل العمد والردة وقطع الطريق كان كلها عند البائع رده اي المقطوع يده
لبقاء عينه ورد المقتول غير ممكن واخذ ثمنه اي ثمن كل من المقطوع المردود والمقتول
هكذا في الهداية وشروح الجامع الصغير وفي بعض روايات المبسوط له ان يمسك

المقطوع يده ويرجع بنصف ثمنه لان اليد نصف الآدمي قوله عند البائع قيد اتفاقي اذ لا فرق
بين ان يكون السبب من السرقة والقتل عند البائع وبين ان يكون عند آخر قبل هذا البائع
ولم يعلم المشتري بذلك على ما صرح به في فتح القدير محيلا على ما ذكره في مسئلة اباق
العبد عند المشتري حيث قال في تلك المسئلة انه لو لم يابق عند البائع وابق عند المشتري
وكان ابق عند آخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك واثبته
يرد به لانه معيب والعقد اوجب على هذا البائع التسليم سالما عن العيب ولو لم يقدر على
اثباته له ان يحلفه على العلم وكذا في كل عيب يرد بتكرره انتهى وهذا عند الامام وقالا
بفضل ما بين كونه سارقا وغير سارق او قاتلا وغير قاتل اي يقوم سارقا وغير سارق
وعارضا على القتل المستحق وسالما عنه فيرجع بفضل ما بينهما ان لم يعلم المشتري بالعيب
عند الشراء ولا عند القبض ايضا والا اي وان علم بالعيب عند الشراء او القبض فلا
رد له بالاتفاق بدليل الرضاء لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل العمد
وهو السرقة والقتل العمد وذلك لا ينافي مالية العبد حتى لو مات في يد المشتري حتف
انفه قبل القطع والقتل تقرر الثمن عليه وينفذ تصرفه فيه حتى صح عتقه وبيعه فينفذ
العقد لاعتماده على المالية وقد وجد ذلك لكنه متعيب بعيب اباحة الدم واليد فيرجع
بنقصان العيب لتعذر الرد اما في القتل فظ واما في القطع فلان الاستيفاء وقع في
يد المشتري وهو غير الوجوب فكان كعيب حدث في يده فان قيل كيف ينفذ العقد
وما ذكر من تصرفات المشتري من العتق والبيع مع فوات محل هذه التصرفات اعني
المالية باستحقاق ولي القطع والقصاص بذلك المحل قلنا لا نم ذلك اذ ليس لولي
القطع والقصاص حق في ماليته وانما يتعلق حقه بادميته لا بماليته وله ان
سبب الوجوب في يد البائع فصار كانه قطع او قتل عند البائع فصار كالمستحق والمستحق
لا ينافي ولاية العقد فينتقض القبض من الاصل لعدم مصادفته محله فصار كما اذا غصب
عبدا فقتل العبد عند الغاصب رجلا عمدا ثم رد الى مالكه فاقتص منه عنده فان
المالك ياخذ قيمته من الغاصب كما اذا قتل عند الغاصب فان قيل انه اذا اشترى
جارية حاملا ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض فماتت في يد المشتري بالولادة
فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وغير حامل بالاتفاق كما قال الامامان فيما نحن فيه

قلنا لا نسلم انه كذلك بالاتفاق بل عند ابي حنيفة يرجع بكل الثمن على ما ذكره قاضيخان وابو زيد
ولو سلم انه كذلك بالاتفاق لكن سبب الموت ثمه هو المرض المتلف وهو حصل عند
المشتري اعني الولادة والموجود في يد البايع هو العلوق والحمل وهو انما يوجب انفصال
الولد لا الهلاك ولا يفضي اليه غالبا بل الغالب السلامة فلا هناك وجوب يفضي
الى الوجود كما فيما نحن فيه بخلاف سبب القطع والقتل فيما نحن فيه فانه وان لم ينافِ
المالية لكن استحقاق النفس بسبب القتل المتلف للمالية متلف لها لانه يستلزم القتل
البتة فكان بمعنى علة العلة فيقام مقام العلة في الحكم فصارت المالية كانها هي
المستحقة وانما تقرر الثمن على المشتري اذا مات في يده حتف انفه لانه لم يتم الاستحقاق
قبل الاستيفاء هذا ولو سرق في يد البايع ثم في يد المشتري فعندهما يرجع المشتري
بالنقصان ايضا وعند ابي حنيفة لا يرده الا برضاء البايع بالعيب الحادث فان رضيه
وقبله كذلك يرجع المشتري عليه بثلاثة ارباع الثمن لان اليد نصف الادمي وقد تلف
بالجنايتين وفي احديهما الرجوع عليه فينقسم احد النصفين عليهما والنصف الاخر يرجع
فيه عليه لرده العبد عليه وان لم يرض به ولم يقبله كذلك يرجع اليه بربع الثمن
لانها قطعت بالسببين فيرجع بما يقابل نصف اليد ولو تداولته الايدي بعد السرقة
او القتل العمد في يد البايع ثم قطع او قتل في يد الاخير رجع الباعة جميع بايع بعضهم
على بعض عند ابي حنيفة كما في الاستحقاق لكونه بمنزلته عنده وعندهما يرجع الاخير على
بايعه لانه لم يصر حابسا بالمبيع لا بايعه على بايعه لانه صار حابسا للمبيع بالبيع
مع امكان الرد بالعيب واصل هذا ان القطع والقتل بسبب عند البايع بمنزلة الاستحقاق
عنده وفيه يرجع الباعة بعضهم بعضا وعيب عندهما فيرجع من لم يفوت الرد بالبيع
وهو الاخير على بايعه ولا يرجع من يفوت الرد بالبيع وهو بايع الاخير كما في سائر
العيوب فعلى هذا لو اشترى عبدا وهو عالم بوجوب القطع او القتل فانه لا يبطل
حقه في الرجوع عنده لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع على الصحيح وعندهما
يبطل حقه لان العلم بالعيب رضاء به فمنه ظهر ان قوله فيما سبق ان لم يعلم بالعيب متعلق
بقول الامامين فقط والحاصل ان ههنا خلافا بين ابي حنيفة وصاحبيه في ست مواضع
احدها ان له الرد عنده لا عندهما على ما ذكر في الكتاب والثاني في كيفية الرجوع

فعنده

فعنده يرجع بالكل ان رده وبالنصف ان امسكه على ما ذكرناه من رواية المبسوط وعندهما
يرجع بالنقصان والثالث اذا مات بعد القطع حتف انفه فعنده يرجع بالنصف
ولا رجوع عندهما والرابع لو اعتقه لا رجوع عنده خلافا لهما والخامس في رجوع
الباعة والسادس العلم به لا يمنع الخيار عنده خلافا لهما على ما نرى ثم نوقض قول
ابي حنيفة بمسائل الاولى اذا اشترى جارية محمومة فلم تبرأ حتى ماتت عنده بالحمى لا يضاف
الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بسبب الحمى التي كانت
عند البايع والثانية اذا قطع البايع او غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم به المشتري
فمات العبد منه عند المشتري يرجع بالنقصان لا بالثمن بالاتفاق والثالثة ما
اذا زوج امته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج
لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند البايع والرابعة
لو زنى العبد عند البايع فجلد في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البايع بالثمن
وان كان موته بسبب كان عند البايع بل يرجع بالنقصان بالاتفاق والخامسة
لو سرق في يد البايع فقطعت يده عند المشتري فسرى القطع فمات يرجع بنصف
الثمن لا بكله بالاتفاق وان كان موته بسبب كان عند البايع اجيب عن الاولى بان
الجارية لا تموت بمجرد الحمى بل بزيادة الالم وذلك بسبب اخر عند المشتري لا في يد
البايع فليس ما نحن فيه وعن الثاني بان البيع لما ورد على قطع البايع او الاجنبي
قطع سراية القطع لان السراية حق البايع فتنقطع بيبيع من له السراية وفيما نحن
فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع وعن الثالث بان
البكارة لا تستحق بالبيع حتى لو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد اذا لم يكن شرط البكارة
ففقدها من باب عدم وصف مرغوب فيه لا من باب وجود العيب وعن الرابع بان
المستحق هو الضرب المؤلم واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل وموته بذلك
الضرب انما هو لعارض عرض في يد المشتري وهو خرق الجلاد او ضعف المجلود
فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حدا مستحقا وعن الخامس بما ذكر في المبسوط من
ان النفس ما كانت مستحقة في يد البايع لينتقض قبض المشتري في النصف كذا في
فتح القدير ولو باع بشرط البراءة اي ابراء المشتري البايع من كل عيب بان يقول البايع

بعت منك هذا على ان ابرأتني من كل عيب فقبله المشتري بذلك الشرط او قال بعت منك
بكل عيب ويقول المشتري قبلت بكل عيب فانه ابراء من كل عيب ايضا صحيح وان وصفه
لم يعد العيوب باسمايها وان لم يعلمها باعيانها قال الشافعي لا يصح وعنه ان البيع
صحيح والشرط فاسد له ان البراءة عن الحقوق المجهولة لا يصح لان في الابراء معنى
التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الابراء اسقاط لا تمليك والجهالة
في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان تضمن التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا يكون
مفسدة ويدخل في هذه البراءة العيب الحادث قبل القبض بعد العقد عند ابي يوسف
وهو رواية عن ابي ح خلافا لمحمد وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول زفر والشافعي
ومالك ولابي يوسف ان الغرض من ابراء المشتري الزام العقد باسقاط حقه عن
صفة السلامة لينعقد على التسليم الواجب بالعقد على كل حال ولا يطالب من طرف
المشتري بحال وذلك بالبراءة عن الموجود حالا وعن الحادث بعد العقد قبل
القبض ولمحمد ان البراءة تتناول الثابت حال البراءة فقط لان ما يحدث مجهول
لا يعلم ايحدث ام لا واي مقدار يحدث فلا يتناوله والجواب عنه ان هذه الجهالة
لا يضر في الاسقاط على ما تقدم فان قيل يؤيد قول محمد ما قالوا انه لو قال بعت بشرط
البراءة عن كل عيب يحدث فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف
يدخل في مطلق البراءة قلنا الاجماع ممنوع لما في الذخيرة ان هذا ايضا يصح عند ابي يوسف
خلافا لمحمد سلمناه لكن الفرق بان ظاهر لفظه هنا تتناول العيوب الموجودة ثم يدخل
فيها ما يحدث قبل القبض تبعا وقد يدخل في التعريف تبعا ما لا يجوز ان يكون مقصودا
وانما قلنا في هذه البراءة احترازا عما لو قال بعت هذا العين بشرط البراءة من كل عيب
فانه لا يبرأ عن الحادث بالاجماع لان قوله به تخصص بالموجود وكذا لو خص البراءة ضربا
من العيوب لا يبرأ عن الحادث بالاجماع ويصح تخصيصه على ما صرح به في فتح القدير
وفيه ايضا انه لو شرط البراءة من عيب واحد كشجة واحدة فحدثت عند المشتري
عيبا وموت فاطلع على شجة اخرى فاراد ان يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالعيب
الحادث اعتبر ابو يوسف نفع حصول البراءة للبايع فجعل الخيار له في تعيين العيب
الذي يروي اليه وجعله محمد للمشتري فيرد بايهما شاء ولا يخفى عليك ان هذا اذا لم تعاين

الشجة

الشجة المبرأة منها عند البيع بل ابراء من شجة به هذا ولو شرط البراءة من كل غائلة فهي
على السرقة والاباق والفجور اي الزنا ولا يدخل فيه الكي ولا اثر قرح والرمل والثولول
والامراض لان المراد بالغائلة في البيع هي الاشياء الثلاثة في عرفهم فلو شرط البراءة
من الغائلة ثم وجد واحدا من هذه الثلاثة لا يرده ولو وجد واحدا من الكي ونحوه
يرده ولو شرط البراءة من كل داء فهو على المرض ولا يدخل فيه الكي ولا الاصبع الزائدة
ولا اثر قرح قد برأ وعن ابي ح الداء هو المرض الذي في الجوف من طحال او كبد او نحو
ذلك واما لو شرط البراءة من كل عيب فيدخل فيه الادواء كلها لان العيب يدخل فيه
الداء بخلاف العكس ولو باع جارية وقال للمشتري برئت اليك من كل عيب بعينها فاذا
هي عوراء لا يبرأ وكذا لا يبرأ لو قال برئت اليك من كل عيب بيدها وهي مقطوعة
اليد لان البراءة من عيب اليد يكون حال قيام اليد والعين لا حال عدمها ولو كانت
مقطوعة اصبع واحدة برئ ولو كانت مقطوعة اصبعين فهما عيبان فلا يبرأ اذا شرط
البراءة عن عيب واحد باليد ولو كانت الاصابع كلها مقطوعة مع نصف الكف فهو عيب
واحد ولو قال المشتري انت برئ من كل حق لي قبلك دخل فيه العيب على المختار دون الدرك على
ما في فتح القدير ولو اختلفا في عيب انه حادث بعد العقد او كان عند العقد لا ثمر
لهذا الاختلاف عند ابي يوسف لما مر انفا ان الحادث بعد العقد قبل القبض داخل
في البراءة من كل عيب وقال محمد القول للبايع مع يمينه على العلم انه حادث بناء على
ما مر من اصله ايضا قيل هذا اذا اطلق واما اذا ابراءه مقيدا بعيب كان عند البايع
اختلفا على نحو ما ذكرنا فالقول للمشتري كذا في البحر نقلا عن البدايع وفي قاضيخان
اشترى ثوبا فاراده البايع فيه خرقا فقال المشتري قد ابرأتك عن هذا الخرق ثم
جاء المشتري يريد ان يقبض الثوب من البايع فرأى الخرق فقال المشتري ليس مثل
ما ابرأتك منه فان ذلك كان شبرا وهذا ذراع كان القول في ذلك قول المشتري
وكذا في زيادة بياض العين **باب البيع الفاسد** لقب الباب بالفاسد وان كان
شاملا بالباطل والمكروه تحريما ايضا لكثرة وقوع الفاسد بكثرة اسبابه واعلم ان
البيع نوعان نافذ وغير نافذ فالنافذ ثلاثة انواع بيع الدين بالعين وهو السلم
وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع العين بالدين وهو بيع مطلق وغير النافذ

ثلاثة انواع ايضا باطل وموقوف وفاسد فالباطل ما لا يجوز بحال لا اصلا ولا وصفا
ولا يفيد الملك اصلا لا تصرفا ولا رقبة ولو هلك في يد المشتري يكون امانة عند بعض
المشايخ ومضمونا عند بعض اخر على ما سيصرح به وله صور منها بيع الدم والخمر والخنزير
للمسلم ومنها بيع المدبر والابق والسمن في اللبن والدهن في السمسم والدقيق في الحنطة
والكرباس قبل النسج ومنها بيع الولد في البطن وبيع المنقول قبل القبض واما الموقوف
فهو ما تعلق به حق الغير وهو اما ملك الغير او حق بالمبيع لغير المالك وحصره صاحب الخلاصة
في خمسة عشر صورة بيع مال الغير يتوقف على اجازة المالك وبيع العبد المحجور يتوقف
على اجازة المولى وبيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع والشراء يتوقف على اجازة ابيه او وصيه
او جده او القاضي كذا في قاضيخان والذي ظهر منه ان بيع الصبي الغير المحجور الذي يعقل
البيع والشراء لا يتوقف بل ينفذ وهو مخالف لما في العمادي والفصولين حيث قالا
الصبي لو باع شيئا ثم بلغ لا يجوز الا بعد اجازته بعد البلوغ ولا ينفذ بالبلوغ انتهى
فان الظاهر من هذا بيع الصبي مطلقا موقوف ويمكن التوفيق بينهما ان ما ذكره قاضيخان
في التوقف على اذن وليه او وصيه او القاضي وما في العمادي والفصولين في التوقف
على اجازة الصبي بنفسه فلا منافاة لان بيع الصبي الغير المحجور الذي يعقل البيع والشراء
وان لم يتوقف على اجازة وليه ووصيه والقاضي لكنه يتوقف على اجازة الصبي نفسه
بعد البلوغ وبيع غير الرشيد يتوقف على اجازة القاضي وبيع المرهون والمستاجر
والذي في مزارعة الغير يتوقف على اجازة المرتهن في الصحيح والمستاجر والمزارع الا
ان المرتهن يملك نقض البيع واجازته بخلاف المستاجر فانه يملك اجازته دون نقضه
كالمزارع حتى انه لو لم يجز البيع وانفسخت الاجارة بينهما بوجه نفذ البيع السابق ثم اذا اجاز
المستاجر البيع فهل ينفسخ وعلى تقدير انفساخه اذا رد المبيع بعيب كما هل تنفذ عقد
الاجارة قلت الذي ظهر من شرح المجمع انه ينفسخ واما عود الاجارة ففيه خلاف
قيل تعود وقيل لا تعود حيث قال فيه اذا اجاز المستاجر والمرتهن ورد المشتري
المبيع بعيب قيل لا يعود عقد الرهن والاجارة وقيل يعود كما اذا تخمر الرهن بطل حكمه
ثم اذا تخلل عاد رهنا انتهى ولو قال المستاجر مبارك عند استماع البيع والشراء
فهو اجازة وكذا لو قال نعم عند قول المخبر هل اذنت البيع فهو اجازة ايضا على ما صرح به في

القنية وكذا بيع الراهن الرهن موقوف على اجازة المرتهن وبيع البائع المبيع من غير المشتري
بعد قبض المشتري يتوقف على اجازة المشتري وقبل قبضه لا ينعقد اصلا في المنقول
وفي العقار على الخلاف المعروف وبيع المرتد عند ابي ح موقوف على اسلامه وبيع الشيء
برقمه موقوف ان علم المشتري في مجلس البيع نفذ وان تفرقا قبل العلم به بطل وبيع
الشيء بما باع فلان موقوف ان علم المشتري في المجلس ذلك نفذ والا بطل وبيع فيه
خيار المجلس موقوف على المجلس وبيع المغصوب موقوف على اجازة المالك ان اقر الغاصب
الغصب ثم البيع باجازته وان جحد الغاصب وللمغصوب منه بينة فكذلك وان لم تكن
له بينة على ذلك ولم يسلمه الى المشتري حتى هلك في يده ينتقض البيع هذا ما ذكره
في الخلاصة ونحن نذكر ما نزاد عليه منه البيع المشروط فيه الخيار اكثر من
ثلاثة ايام فان الصحيح انه موقوف عند ابي ح وهو قول الخراسانيين فان اسقطه قبل
دخول اليوم الرابع والا فسد ومنه الوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه فانه
موقوف فان اشترى الباقي قبل الخصومة نفذ على الموكل والا فلا ومنه الوكيل
ببيع العبد اذا باع نصفه فانه موقوف على بيع الباقي قبل الخصومة على قولهما وعند
ابي ح نافذ ومنه بيع نصيبه من مشترك بالخلط او الاختلاط من غير شريكه موقوف
على اجازة شريكه ومنه بيع ما في تسليمه ضرر فانه موقوف على تسليمه في المجلس
ومنه بيع المريض عينا من اعيان ماله لبعض ورثته فانه موقوف على اجازة الورثة
ان مات من ذلك المرض ومنه بيع السيد عبده الماذون المديون فانه موقوف
على اجازة الغرماء ومنه ان الوكيل اذا وكل اخر بلا اذن الموكل او تفويضه فعقد
الثاني بغيبة الاول فانه موقوف على اجازة الاول ومنه احد الوكيلين اذا باع بحضرة
صاحبه فانه موقوف على اجازة صاحبه بخلاف ما اذا باع بغيبة صاحبه فانه
لا ينفذ اصلا ولو باجازته ومنه بيع المولى اكساب عبده المديون بعد الحجر عليه
موقوف على اجازة الغرماء ومنه احد الوصيين اذا باع بحضرة الاخر موقوف على
اجازة الاخر ومنه احد الناظرين اذا باع غلة الوقف بحضرة الاخر موقوف على اجازة
الاخر ومنه بيع المعتوه كبيع الصبي انما قل موقوف على اجازة الوصي او القاضي وهذه
الزيادات كلها مذكورة في البحر وبالجملة بلغت الى تسع وعشرين ونزيد عليه ان

الموكل يؤمر الوكيل بالبيع فاسدا فباع صحيحا فانه موقوف عند محمد على اجازة الموكل ذكره
في المجمع وبيع المكاتب موقوف على اجازته وبيع المدبر وام الولد على قضاء القاضي في رواية
لا يضاح عليها سياتي وبيع نصيبه من الكرم موقوف على اجازة شريكه فبلغ ثلاثونا ولا نز
والحاصل ان كل عقد صدر من فضولي وله مجيز وقت وقوعه فهو موقوف على اجازته
كاكثر الصور المذكورة وكل عقد صدر من فضولي ولا مجيز له وقت وقوعه فهو باطل
في الحال كتصرفات الفضولي في حق الصبي والمجنون والمعتوه ومن هنا قال في قاضيخان
لو باع رجل عقارا او ضيعة لولده الصغير بمثل قيمته او بغبن يسير قالوا ان كان الاب
محمود الحال عند الناس او مستور الحال جاز بيعه ولا يكون للولد ان يبطل ذلك البيع
بعد البلوغ لكنه يطلب الثمن عن والده فان قال ضاع او انفقته عليك وذلك نفقة
مثله في تلك المدة يقبل قوله وان كان الاب فاسدا لا يجوز بيعه وللابن ان ينقض
بيعه اذا بلغ الا ان يكون البيع خيرا للصغير وذلك لان الاب اذا كان محمودا او مستورا
فالظاهر مباشرة البيع على وجه الخيرية بخلاف ما اذا كان فاسدا وان باع الاب غير
الضياع والعقار فكذلك الجواب الا ان الاب اذا كان مفسدا في جواز بيعه روايتان
في رواية يجوز ويؤخذ الثمن منه ويوضع على يد عدل صيانة لمال الصغير وفي رواية
لا يجوز الا ان يكون خيرا للصغير بان باعه بضعف قيمته وعليه الفتوى انتهى وهل
يجوز بيع القاضي مال الصغير بلا وصي فقال في العمادي القاضي اذا باع مال اليتيم من
نفسه لا يجوز ثم قال فيه وذكر في الصغرى وما ذكر في السير الكبير من عدم جواز بيع
القاضي مال اليتيم من نفسه محمول على قول محمد واما على قول ابي ح فينبغي ان يجوز وقال فيه
ايضا ان القاضي اذا باع مال احد اليتيمين من الاخر جاز وكذا الاب والوصي لو فعل ذلك
لا يجوز بالاتفاق وذكر رشيد الدين ان الاب لو باع مال احد اليتيمين من الاخر جاز
والقاضي او الوصي لو فعل ذلك لا يجوز ففي المسئلة روايتان واما لو باع القاضي
مال الصغير من اجنبي جاز بلا خلاف ان بثمن مثله ثم شرط صحة الاجازة في الموقوف
قيام العاقدين وقيام المعقود عليه ولا يشترط قيام الثمن ان كان الثمن من النقود
وان كان من العروض يشترط قيامه ايضا وان مات المالك لا ينفذ باجازة الوارث
وعند الاجازة يجبر عليه المشتري مع الزيادة التي حدثت بعد البيع قبل الاجازة

وحقوق العقد من قبض الثمن وغيره عند الاجازة يرجع الى العاقد واما فسخ العقد قبل
الاجازة صح فسخه واذا هلك المبيع عند المشتري كان للمالك الخيار ان شاء ضمن البائع قيمته
وان شاء ضمن المشتري وعند اختياره تضمين احدهما يبرئ الاخر فان ضمن المشتري بطل
البيع ويسترد المشتري الثمن من البائع ان كان نقده وان ضمن البائع ينفذ بيع البائع
ان كان المبيع في ضمان البائع عند التسليم واما الفاسد فهو يفيد الملك بالاتفاق عند
اتصال القبض به في مجلس العقد باذن البائع واختلفوا فيما اذا قبضه بعد الافتراق
عن المجلس بغير اذن البائع فقيل لا يملك وقيل يملك ان كان الثمن شيئا يملكه البائع بالقبض
حقيقة من المشتري فانه يكون اذنا بقبض المبيع وان كان شيئا لا يملكه البائع بالقبض
كالخمر والخنزير فلا يملكه المشتري فان قيل انه لو كان مفيدا للملك عند القبض لزم حل
وطي جارية اشتراها شراء فاسدا وجاز اخذ الشفعة في الدار المشتراة شراء فاسدا
وحل اكل الطعام اشتراه شراء فاسدا قلنا انما لم يكن له ذلك لان في الوطي والاكل
اعراضا عن الرد وفي القضاء بالشفعة تقرير الفساد وتاكيده فلا يجوز لذلك
لا لعدم افادة ملك العين ويؤيده ما لو اشترى دارا بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها
دار فللمشتري ان ياخذها بالشفعة ولو اشترى جارية شراء فاسدا وقبضها
ثم ردها وجب على البائع الاستبراء وسياتي تفصيل احكام الباطل والفاسد في
فصل على حدة والمكروه ما يصح اصلا ووصفا لكن نهي عنه لمجاور كالبيع عند اذان
الجمعة بيع ما ليس بمال اي جعله مبيعا والبيع به اي جعله ثمنا لان البيع يدخل الا انه باطل
اما الاول فلانعدام محل العقد وهو المال واما الثاني فلانعدام ركن العقد لانه
مبادلة المال بالمال بالتراضي كالدم والميتة قيل ان اريد بالبطلان بطلانه في حق
المسلمين فقط يكون الميتة اعم مما مات حتف انفه ومن غيره مما لم يذبح كالمنخنقة
والموقوذة وان اريد البطلان في حق المسلمين والكافرين يكون المراد بالميتة ما مات
حتف انفه فانه ليس بمال عند احد ممن له دين سماوي بخلاف المنخنقة والموقوذة
ونحوها مما لم يذبح ولم يمت حتف انفه فان ذلك عند اربابها بمنزلة الذبيحة عندنا
فيكون مالا عندهم حتى لو باعها ذلك فيما بينهم جاز في حقهم على ما في التجنيس وفيه نظر
لان الميتة التي لم تمت حتف انفها مثل الخمر والخنزير في حق البيع فان جعلت مبيعا

يكون البيع باطلا وان جعلت ثمنا كما في المقايضة يكون فاسدا في حق المسلمين وقال في
البدايع ولا ينعقد بيع الميتة والدم وذبيحة المجوس والمرتد والمشرك ومتروك التسمية
عمدا عندنا وذبيحة المجنون والصبي الذي لا يعقل وكذا ذبيحة صيد الحرم محرما كان
الذابح او حلالا وذبيحة المحرم لان الكل ميتة ولا ينعقد بيع صيد المحرم سواء كان
صيد الحرم او الحل انتهى وفي البزازية بيع متروك التسمية عمدا من كافر لا يجوز اطلاقه
فشمل بيع الدين من غير من عليه الدين لانه فاسد والدين ليس بمال حالا وانما يصير
مالا بعد القبض والحر لانه ليس بمال اصلا فلو جعل مبيعا يفوت المحل ولو جعل ثمنا
يفوت الركن ومعتق البعض كالحر وكذا بيع ام الولد والمدبر المطلق لان المقيد يجوز بيعه
على ما مر في بابه وحكم ولدها كنفسها في عدم جواز البيع وهذا لان ام الولد قد
استحق الحرية من قبل ولدها لقوله عم اعتقها ولدها والمدبر انعقد فيه سبب
الحرية في الحال على ما ذكرناه في بابه وبين استحقاق العتق وجواز البيع منافات
فلا يجوز بيعها لتحقق منافيه ولو مات ام الولد في يد المشتري لا ضمان عليه باتفاق
الروايات عن ابي ح كالا ضمان فيها بالغصب على الغاصب لعدم تقوم ماليتها عنده
وانما تضمن بما يضمن الصبي الحر اذا غصب كذا ذكره في فتح القدير ثم قال ومعناه ان
الغاصب اذا نقلها الى ارض مسبعة او كثيرة الحيات فمات بنهش حية او افتراس
سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب كما في غصب الصبي فانه لا يضمن الا اذا نقله
الى مسبعة او كثيرة الحيات وهلك منها وفي الاشباه او مكان الوباء او الحمى وهو
اعجب ولو مات المدبر في يد المشتري ففي رواية غير المعلى عن ابي ح انه لا ضمان عليه
وفي رواية المعلى عنه انه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب وقيمة المدبر
ثلثا قيمته قنا وقيل نصفها وقد تقدم بيانه في العتاق فارجع اليه والفرق بين
ضمان البيع وضمان الغصب في المدبر في غير رواية المعلى عنه ان ضمان البيع وان كان
اشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض لكن لا بد من اعتبار جهة
البيع لان الملك انما يثبت بهذا الاعتبار فاذا لم يكن المدبر محلا للبيع اهدرت جهة
فبقي قبضا باذن المالك فلا يجب الضمان بخلاف الغصب فان القبض فيه ليس
بالاذن وقالا يجب قيمة كل من ام الولد والمدبر على المشتري اذا مات في يده بلا فرق

بينها لان كلا منهما مقبوض بجهة البيع ويدخلان تحت العقد حتى يملك ما يضم اليهما في البيع
على ما سياتي وما هو كذلك فهو مضمون كسائر الاموال المقبوضة على سوم الشراء والجواب
ان القبض بجهة البيع انما يوجب الضمان في الاموال الحاقا بحقيقة البيع في محل يقبل
الحقيقة وهما لا يقبلان الحقيقة فلا يلحق الجهة بها وفائدة دخولهما تحت العقد تظهر
فيما ضم اليهما في العقد من الاموال لا في انفسهما ونظيره ما اذا باع عبدا مع عبد المشتري
من المشتري فانه يقسم الثمن على قيمتها فياخذ المشتري عند البايع بحصته من الثمن
فيصح البيع في حق عبد البايع لا في عبد المشتري كذا في العناية وقال في فصل البيع
الباطل من قاضيخان ويضمن المكاتب والمدبر بالغصب والبيع الفاسد وام الولد
لا يضمن بالغصب والبيع الفاسد عند ابي ح انتهى وذكر في عناية مبسوط السرخسي
ان المكاتب لا يضمن بالغصب وفي الاشباه المستثنا من بيع مدبره ومكاتبه دون
ام ولده وكذا بيع المكاتب اي باطل وكذا بيع ولده وانما افرده بالذكر للاستثناء الاتي
وهذا لانه استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى حتى لا يملك فسخ الكتابة بدون
رضى المكاتب وان لم يكن لازمة في حق نفسه حتى يقدر على فسخها بتعجيز نفسه
فلو جاز بيعه لبطل هذا الاستحقاق وذلك باطل فان قيل لو بطل بيعهم لبطل بيع
من ضم اليهم في البيع كالمضموم الى الحر فالجواب ان بيع الحر باطل ابتداء وبقاء لعدم
المحلية اصلا وبيع هولاء باطل بقاء لا ابتداء لاستحقاقهم الحرية بقاء لا ابتداء
حتى جاز بيعهم من انفسهم ولو قضى القاضي بذلك نفذ قضاؤه واذا كان كذلك
دخلوا في البيع ابتداء لكونهم محلا له في الجملة ثم خرجوا منه لتعلق حقهم فبقي القن
بحصته من الثمن والبيع بالحصة بقاء جائز بخلاف فانه لما لم يدخل ابتداء لزم البيع
بالحصة ابتداء وذلك باطل الا ان يجيزه اي بيعه فيجوز وينفذ في اظهر الرواية
على ما في الهداية وعللوه بان عدم جوازه كان لحقه ولما اسقط حقه برضاه
انفسخت الكتابة فجاز البيع وفي رواية النوادر لا يجوز بيع المكاتب وان اجازه
وفي البحر نقلا عن ايضاح الاصلاح ان بيع ام الولد والمدبر والمكاتب باطل موقوف
فينقلب جائزا بالرضا في المكاتب وبالقضاء في الاخرين لقيام المالية قال وهو ضعيف
لانه لا بد في المكاتب من الرضا قبل البيع على الصحيح فعلى هذا بيع المكاتب لا ينقلب جائزا

بالاجازة بعد البيع ثم قال ونفاذ القضاء ببيع ام الولد ضعيف ففي قضاء البزازية الاظهر عدم
النفاذ قلت وصحح في فتح القدير النفاذ بقضاء القاضي وفي باب تصرف الوصي في مال
الصغير من القنية بعلامة نعم باع الوصي مال اليتيم بغبن فاحش فهو باطل لا يملك
بالقبض اي بل هو فاسد انتهى وعلل هذا بانه بيع ممن له ولاية بيع هذا العين في الجملة
ولا ضرر على الوصي في كونه فاسدا لانه لا ولاية اصلا قلت لا نسلم ان للوصي ولاية في بيع
مال اليتيم بغبن فاحش لانه نصب امينا والغبن الفاحش ينافي الامانة ولزوم القيمة
لا يدفع التنافي فيكون البيع باطلا لانه في حق البيع بالغبن الفاحش كالاجنبي وفي
فتاوى الانقروي نقلا عن الجواهر باع الوصي ضيعة اليتيم للدين فتبين ان قيمتها اكثر
فالبيع باطل ولا يحتاج الى فسخ الحاكم وكذا اي باطل بيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير
بالثمن من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة وهذا لان كلا منها وان كان مالا
لكونها مشروع التناول في الجملة كما في شريعة من قبلنا لكنها غير متقوم لانا امرنا
باهانتها شرعا الا والمهان شرعا لا عزة له فلا تقوم له فلو تمكنه بالعقد مقصودا
بان جعله مبيعا لزم اعزاز المهان شرعا وذلك باطل فيكون بيعها باطلا بخلاف ما
اذا جعلها ثمنا في العقد بان قابلها بالعين مقايضة فان الاثمان ليست بمقصودة في
البيع بل آلة له فلا يلزم اعزاز المهان شرعا فيكون فاسدا فيجعل كل من الخمر والخنزير في
البيع مقايضة ثمنا صونا لتصرف العاقل عن - الفساد وبيع ميت لم تمت حتف
انفها من هذا القبيل وبيع قن ضم الى حر وذكية ضمت الى ميتة ماتت حتف انفها وكذا
بيع حي ضم الى ميتة ماتت حتف انفها وبيع قن ضم الى حر وكذا بيع قن ضم الى معتق البعض
كما في عتاق الاشباه اي كلها باطل وكذا بيع متروك التسمية عمدا باطل ولو من كافر
على ما ذكرناه نقلا عن البزازية لاطلاق قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه
وان وصلية بين ثمن كل بان قال بعتها بالف كل واحد بخمسمائة هذا عند الامام
وعندهما يصح في العبد والذكية والحي والخل ان بين الثمن لان الفساد بقدر المفسد
اذ الحكم بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به دون القن
فلا يتعداه كما اذا جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يبين ثمن كل
لان ثمن العبد مجهول فان قيل في اول صلح قاضيخان ما يدل على ان هذا البيع لا يصح مطلقا

عندها

عندهما ايضا حيث قال وفيه اذا صولحت المرأة مع الورثة فان كان في التركة دين على الناس
فصولحت عن الكل فالصلح باطل عند الامام وصاحبيه كما لو جمع بين حر وعبد وباعهما
صفقة واحدة انتهى ملخصا قلنا يحمل كلام قاضيخان على ما اذا لم يبين حصة كل من العبد
والحر فلا يخالف الفتح ولا لامام ان الحر والميتة لا يدخلون تحت العقد اصلا لعدم كونهما مالا
والبيع صفقة واحدة بدليل ان المشتري لا يملك قبول العقد في احدهما دون الاخر
فكان قبول العقد فيما لا يصح شرطا لصحته فيما يصح فكان شرطا فاسدا فان قيل انه
لما بين ثمن كل كانت الصفقة متفرقة فلا يكون قبول العقد فيما لا يصح شرطا فيما يصح
حتى يكون فاسدا ولان شرط الفاسد هو ما يكون فيه منفعة لاحد العاقدين او المعقود عليه
حتى يكون في معنى الربوا وليس في قبول العقد في الحر منفعة لاحدهما ولا للمعقود عليه
قلنا ان الصفقة لا تتفرق بمجرد بيان ثمن كل بل لا بد من تكرر لفظ البيع او الشراء عند
الامام على ما مر في اول الكتاب وان في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فانه اذا باعهما
بالف والحر لا يقابله بدل فكانه قال بعت هذا العبد بخمسمائة على ان تسلم الى خمسمائة
اخرى فينتفع به بفضل خال عن العوض وهو الربوا والقياس على النكاح فاسد لانه
لا يبطل بالشرط الفاسد والبيع يبطل به وصح البيع في قن ضم الى مدبر او ام ولد او مكاتب
او الى قن غيره بالحصة لانهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية فانها باعتبار الرق
والتقوم وهما موجودان فيهم حتى صح بيعهم من انفسهم ومن غير انفسهم ايضا موقوفا
وينفذ بقضاء القاضي في المدبر وام الولد عند الامام وابي يوسف وبرضاء المكاتب
في بيع المكاتب وبالاجازة المولى في قن الغير فاذا دخلوا في الحكم ابتداء وخرجوا بقاء باستحقاق
المدبر وام الولد والمكاتب انفسهم وباستحقاق المولى قنه بقي القن المضموم اليهم بحصته
من الثمن ولم يكن البيع بالحصة ابتداء وكذا اي صح في ملك ضم الى وقف اي بحصته من
الثمن على ما صحح به في القهستاني نقلا عن السرخسي والسغدي في الصحيح لان الوقف
مال ينتفع به انتفاع الاموال غير انه لا يباع لحق يتعلق به فلا يمنع صحة البيع فيما ضم اليه
كما في نحو المدبر لكن المراد بالوقف هنا ما ليس بمسجد فان المسجد لو ضم الى الملك يبطل البيع
فيها لان للمسجد كالحر على ما في التبيين الا ان يكون خرابا لان بيع المسجد الخراب جائز في
احد القولين على ما في التجنيس ومن هذا القبيل بيع كرم ضم الى الارض الاميرية حيث

يصح في الكرم بحصته من الثمن لان الارضي الاميرية يصح بيعها للسلطان عند الحاجة الى بيعها
لبيت المال وقال في المحيط لو باع كرما او خانا فيه مسجد او قرية فيها مسجد ومقابر
ولم يستثن المسجد والمقابر صح البيع في الملك في الاصح لان المسجد والمقابر مستثنى عادة
وهذا ليس من قبيل ضم ملك الى وقف وافتى بعض مشايخ الاسلام بان المراد بالوقف
الذي ضم اليه ملك ولم يبطل بيع الملك في الصحيح هو الوقف الذي لم يحكم بصحته ولزومه
لانه كالمدبر واما اذا حكم بصحته ولزومه وضم اليه ملك وبيع فالبيع باطل فيهما
لانه صار كالحر بالاجماع وفرق الامام فخر الدين قاضيخان بين المسجد والمقبرة وفصل
في المسجد حيث قال في فتاواه رجل باع ارضا فاستحق طائفة معلومة منها بانها
طريق العامة او المقبرة لا يفسد البيع في الباقي لان الطريق والوقف اي المقبرة مال متقوم
فلا يفسد البيع فيما ضم اليه كما لو جمع بين قن ومدبر وباعهما صفقة واحدة جاز
البيع في القن وان ظهر ان بعض الارض كان مسجدا ذكر في المنتقى ان المسجد ان كان
مسجد جماعة فسد البيع في الباقي وان كان مسجد خاص لا يفسد قال ومسجد
الجماعة مسجد جماعات المسلمين ولو كان المسجد في دار لو اغلق باب الدار يكون
للمسجد اهله في الدار يصلون فيها بجماعة ولا يمنعون الناس عن الدخول والصلوة
معهم فهو مسجد جماعة فلا يكون محلا للبيع خرابا كان او عامرا وان كان لو اغلق باب
الدار لا يبقى للمسجد اهل في الدار فليس لهذا حكم المسجد منعوا الناس عن الدخول
او لم يمنعوا وكذا لو باع قرية فيها مسجد قديم ولم يستثن المسجد فهو فاسد وفي
الفتاوى رجل باع كرما وفيه مسجد قديم ولم يستثن المسجد قالوا ان كان المسجد
عامرا فسد البيع وان كان خرابا لا يفسد لان العلما اختلفوا في المسجد الذي خرب
ما حوله واستغنى الناس عن الصلوة فيه قال بعضهم يبقى مسجدا وقال بعضهم يعود
الى ملك الباني او الى ملك وارثه فلا يبقى مسجدا فكان هذا المسجد بمنزلة المدبر وعن
غيرهم باع قرية ولم يستثن المقبرة والمسجد فسد البيع من غير تفصيل انتهى وبيع
العرض بالخمر اي بان يكون الخمر ثمنا او بالعكس اي بان يجعل الخمر مبيعا فاسد وكذا
بيعه اي بيع العرض بالخنزير وبالعكس وانما قيد بالعرض لان بيعهما بالدراهم والدنانير
باطل على ما مر ووجه الفساد في الاول ان حقيقة البيع موجود فيه لانهما مال

بالاتفاق

بالاتفاق لكنها غير متقوم عندنا فبالنظر الى وجود حقيقته صح وبالنظر الى عدم تقومها
لم يصح فقلنا انه فاسد واما في عكسها فان هذا البيع مقايضة لكونه بيع عرض بعرض
وفي بيع المقايضة كل من البدلين يكون ثمنا ومثمنا فلما كان في الخمر والخنزير جهة الثمنية
كما في الاول رجح جانب الفساد على جانب البطلان وذلك بان جعلهما ثمنا لا مبيعا صونا
لتصرف العاقل عن البطلان بقدر الامكان فاذا كان فاسدا يفيد بالقبض ملك
المبيع اي العرض لا ملك الثمن اي الخمر والخنزير لان التسمية بها باطلة حتى وجب قيمة العرض
لا الخمر والخنزير بالقبض في الصورتين ولا يجوز بيع طير في الهواء سواء جعله مبيعا
او ثمنا وسواء باعه قبل ان يصطاده او بعد ان يصطاده وارسل من يده لعدم الملك
في الاول فيكون باطلا ولعدم القدرة على التسليم في الثاني فيكون فاسدا ولو سلمه
ثانيا يعود جائزا عند الكرخي ولا يعود عند مشايخ بلخ ولو كان الطير يذهب ويجي
كالحمام ونحوه لا يجوز بيعه ايضا في ظاهر الرواية لكن ذكر في قاضيخان وان باع طيرا
له في الهواء ان كان داجنا يعود الى بيته ويقدر على اخذه من غير تكلف جاز بيعه
والا فلا وفي الهداية والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها والا فلا ولا بيع
سمك لم يصد لعدم تملكه فيكون باطلا او صيد والقي في حضيرة وهو المحيط بالشي
خشبا او قصبا لا يؤخذ منها بلا حيلة وتكلف لكونها كبيرة لانها غير مقدور التسليم
فيكون فاسدا ولو سلمه بعده ففي عوده الى الجواز روايتان كما في الطير او دخل اليها
بنفسه ولم يسد مدخله فان بيعه باطل وان كانت الحضيرة صغيرة يؤخذ منها
من غير حيلة لعدم التملك لانه انما يملكه بسد مدخله لا بمجرد الاجتماع في حضيرة ملكه
كما لو باض الطير في ارضه او فرخت فانه لا يملكه لعدم الاحراز لا يقال اذا عسل النحل
في ارضه فانه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير ان يحرزه او يهيئ له موضعا لانا
العسل اذ ذاك قائم بارضه على وجه القرار فصار كالشجر النابت فيها بخلاف
بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها فانها ليست فيها على وجه القرار ولو دخل
السمك الحضيرة باحتياله فقيل انه ملكه ويصح بيعه وان لم يسد مدخله وقيل
لا يملكه ما لم يسده لعدم الاحراز وان صيد والقي فيها اي في الحضيرة وامكن اخذه
بلا حيلة صح بيعه لتملكه وللمشتري خيار الرؤية وان راها في الماء لان السمك يتفاوت

خارج الماء ولا يكفيه رؤيته في الماء فصار كانه اشترى ما لم يره وفي البحر قد سئلت
حين تاليف كتاب البيوع في سنة ثمان وستين وستمائة عن البحيرة الجارية في
وقف الجامع اليوسفي يجوز اجارتها من الناظر لمن يصطاد السمك منها فقد تتبعت
ما عندي من الكتب فلم ارها الا في كتاب الخراج لابي يوسف قال حدثنا عبد الله بن
علي من اسحاق بن عبد الله عن ابي الزناد قال كتبت الى عمر بن الخطاب في بحيرة يجتمع فيها
السمك بارض العراق ان يؤجرها فكتب ان افعلوا قال وحدثنا ابو ح عن حماد قال
طلبت الى عبد الحميد بن عبد الرحمن فكتب الى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد
الآجام فكتب اليه عمر انه لا باس به وسماه الحبس انتهى قال فعلى هذا لا يجوز بيع السمك
في الآجام الا اذا كان في ارض بيت المال ويلحق بارض الوقف لكن بعد مدة رايت
في الايضاح عدم جواز اجارته انتهى ما في البحر اقول ما ذكره من جواز مسئلة اجارة
المصيد لصيد السمك ينافيه ما ذكره في اجارات البزازية حيث قال الاجارة اذا وقعت
على العين لا يجوز فلا يصح استيجار الآجام والحياض لصيد السمك ورفع القصب
وقطع الحطب او لسقي ارضه او غنمه منها وكذا اجارة المراعي والحيلة في الكل ان يستاجر
موضعا معلوما لطعن الماشية وسيح الماء والمرعى انتهى وهكذا ذكره في قاضيخان
ايضا وقال لان الاجارة ما وضعت لملك العين والجواب عما قاله البحر ان يراد من
يجوزه هو الاجارة لسيح الماء كما ذكره في البزازية من الحيلة المذكورة ثم تفصيل
هذه المسئلة على ما ذكره ابن الهمام ان بيع السمك في البحر او النهر لا يجوز فان كانت
حظيرة فدخلها السمك فاما ان يكون اعدها لذلك او لا فان كان اعدها لذلك
فما دخلها ملكه وليس لاحد ان ياخذه ثم ان كان يؤخذ بغير حيلة اصطياد
جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم مثل السمكة في جب وان لم يكن يؤخذ الا
بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم يكن اعدها لذلك
لا يملك ما يدخل فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك الا ان يسد الحظيرة اذا دخل فيملكه
ثم ينظر ان كان يؤخذ بلا حيلة جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم وبحيلة
لم يجز لانه وان كان مملوكا فليس بمقدور التسليم فظهر منه ان تهيئة الشيء للشيء يصير
سببا للتملك لذلك الشيء لا يجوز بيعه ومن مسائل التهيئة ما ذكروه من حفر حفيرة

فوقع فيها صيد فان كان اتخذها للصيد ملكه وليس لاحد اخذه وان لم يتخذها له فهو
لمن اخذه نصب شبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه فلو كان نصبها لتجفيفها من بلل
فتعلق بها لا يملكه وهو لمن اخذه الا ان ياتي فيحوزه ومثله اذا هيأ حجره لوقوع النثار
فيه ملك ما يقع فيه ولو وقع في حجره ولم يكن هيأه لذلك لم يملك ما يقع فيه فهو
لمن يسبق فياخذه وكذا من هيأ مكانا للسرقين فله ما طرح فيه عند البعض وقيل
السرقين لمن يسبق سواء هيأ المكان له او لا ولا يجوز بيع الحمل اي الجنين والنتاج
اي نتاج الحمل اي ولد الولد وكانوا في الجاهلية يتبايعون دون ذلك فنهى النبي عم عن بيع
الحبل وحبل الحبلة لما فيه من الغرر لكن عدم الجواز في الاول بمعنى الفساد وفي الثاني
بمعنى البطلان لان عدم الاول ليس بمقطوع فيه وعدم الثاني مقطوع به قال في المغرب
الغرر هو الخطر الذي لا يدرى ايكون ام لا يكون كبيع السمك في الماء والطير في الهواء
وفي العناية الغرر ما طوي عنك علمه ولا بيع اللبن في الضرع لما فيه من الغرر
فلعله انتفاخ لا لبن ولما فيه من النزاع في كيفية الحلب فالمشتري يستقصي في
الحلب والبائع يطالبه بان يترك فيه داعية اللبن ولانه يزداد ساعة فساعة
والمبيع لم يتبين والزيادة لعدمها عنده فيختلط المبيع بغيره بحيث لا تميز بينهما فيفسد
وكذا بيع اللؤلؤ في الصدف لما فيه من الغرر وتعذر تسليمه الا بكسر الصدف
وقال ابو يوسف انه يجوز وله خيار الرؤية لان الصدف لا ينتفع به الا بالكسر
فلا يعد كسره ضررا والاول قول محمد وعليه الفتوى علمها في قاضيخان وفيه
ايضا لو اشترى سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة ان كانت اللؤلؤة في الصدف كانت
للمشتري لان الصدف يكون غذاء للسمك وكل ما يكون غذاء للحيوان فهو يكون
للمشتري وان لم يكن اللؤلؤة في الصدف فانها يكون للبائع ويكون في يد المشتري
بمنزلة اللقطة ولو اشترى دجاجة فوجد في بطنها لؤلؤة كانت للبائع فيرد عليه
ولو انها ابتلعت الدجاجة لؤلؤة فباعها صاحبها حية مع اللؤلؤة التي ابتلعت
فسد البيع وان كان المشتري راى اللؤلؤة حين انها ابتلعت فلو كانت الدجاجة
ميتة فباع اللؤلؤة التي في بطنها جاز ولا خيار للمشتري ان كان راها والصوف
على ظهر الغنم لانه من اوصاف الغنم لاتصاله به وقيامه معه فلا يكون مقصودا

اوجده بالبيع بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فانه عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه
ولانه ينبت من اسفل بدليل انه اذا خضب الصوف على ظهر الغنم ثم نزل حتى نما فالمخضوب
يبقى على راسه لا في اصله فيختلط المبيع بغيره بحيث لا يتمايز فيفسد البيع بخلاف
القوائم المتصلة بالشجر فانها تزيد من اعلاها بدليل انه لو ربط خيطا في موضع منها
وتركت اياما يبقى الخيط اسفل مما في راسها الان والاعلى ملك المشتري فالزيادة
وقعت في ملكه فلو يلزم الاختلاط والاختلاف فيجوز بيعه فان قيل الفصيل كالصوف
وجاز بيعه قلنا ان الفصيل وان امكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع ولكن لا يمكن
وقوعه من حيث القلع فيقلع واما القطع في الصوف فمتعين اذ لم يعهد فيه القلع اي النتف
فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح عن النبي عم انه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم
وعن لبن في ضرع وسمن في لبن ثم جواز بيع القوائم المتصلة بالشجر ليس باتفاق لان
منهم من جوزه لما ذكرناه وهو مختار صاحب الهداية ومنهم من منعه معللا بانه يزداد
ساعة فساعة فيختلط المبيع بغيره فلا يجوز بيعه كذا في قاضيخان فظهر منه ان
بيع القوائم المتصلة بالشجر بعد التناهي في النمو اتفاقي خلافا لابي يوسف فيهما اما الاول
فلما ذكرناه واما الثاني فلم يقم منه ما يصح ان يحتج به لكن ذكر في صلح شرح المجمع انما يجوز
بيع الصوف على ظهر الغنم اذا شرط ان يقطعه من ساعته ولا بيع اللحم في الشاة الحية
وكذا شحمها واكارعها وجلدها وكرشها لعدم امكان تسليمها الا بافساد خلقتها
ولو باع كرش شاة مذبوحة لم تسلخ جاز واخراجه على البائع والمشتري على الخيار
اذا راه عليها في البحر وكذا لا يجوز بيع الدقيق في هذه الحنطة والسمن في هذا
اللبن كما ذكرناه بخلاف بيع الحبوب في قشرها وبيع الذهب والفضة في ترابها
بخلاف جنسها لانها معلومة بالعلم ببعضها ولو كان له ذرع قد استحصد فباع
حنطتها جاز لانه باع موجودا يقدر على تسليمه ولو باع تبنها لا يجوز لان التبن
لا يكون الا بعد الدوس والتذرية فكان هذا بيع المعدوم ولو باع ساق الحنطة
دون الحنطة جاز ولو اشترى حنطة في سنبلها وشرط التذرية والدوس
على البائع جاز لانه باع الحنطة فكانت التذرية عليه ولا بيع ضربة القانص
اي الصائد وضربة القانص ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة انما نهى عنه لما فيه

من الغرر وكذا لا يجوز بيع ضربة القانص في الماء لا يستخرج الدرة ولا بيع جذع في سقف
للجهالة والضرر ولا بيع ذراع في ثوب يضره القطع كالقميص والعمامة لا الكرباس
فان ذراعا من كرباس يجوز بيعه لعدم تضرره بالقطع وان وصلية ذكر قطعه
او موضع قطعه وهذا لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر لم يوجبه العقد بخلاف ما اذا
لم يضره القطع كبيع ذراع من كرباس وعشرة دراهم من نقرة فضة فانه جائز لانتفاء
علة الفساد فلا يجوز بيع حلية سيف وفص خاتم ركب فيه بحيث يضر خروجه وكذا
لا يجوز بيع نصيبه من ثوب مشترك بغير شريكه وبيع ذراع من خشبة للتضرر
فلو قلع البائع الجذع او قطع الذراع وسلم قبل الفسخ عاد البيع صحيحا لزوال المفسد
واختلفوا في ان المشتري هل يجبر على القبول حين سلمه البائع قيل يجبر وقيل لا
ما لم يجدد البيع وقيل ينعقد تعاطيا حين اخذه بخلاف ما اذا باع النوى في التمر
والبذر في البطيخ فانه لم يصح وان شقها واخرج المبيع وسلمه لان في وجودها
احتمالا فلا يجوز بيعه ولا ينتقض بنحو بيع الحنطة في سنبلها مع ان وجودها
محتمل ايضا لان جواز هذا باعتبار صحة اطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به
عرفا فان الحنطة اذا بيعت في سنبلها يقال بعت هذه الحنطة فالمذكور صريحا هو المعقود عليه
فصح العقد لتصحيح لفظه واما بذر البطيخ ونوى التمر وحب القطن فاسم المبيع وهو
البذر والنوى والحب لا ينطلق عليه اذ لا يقال هذا بذر ونوى وحب بل يقال
هذا بطيخ وتمر وقطن فلم يكن المبيع مذكورا والمذكور ليس بمبيع ويقال انه اذا باع
جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح وسلخ وسلم جلدها لا ينقلب
صحيحا وان كان الجلد عينا موجودا كالجذع في السقف وكذا بيع اكارعها وكرشها
لانا نقول ان المبيع وان كان موجودا فيه لكنه متصل بغيره اتصال الخلقة وكان
تابعا له فكان العجز عن التسليم هناك معنى اصليا لا انه اعتبر عاجزا لحكم لما فيه
من افساد شيء غير مستحق بالعقد واما الجذع فانه عين مال في نفسه وانما
يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد والعجز عن التسليم حكمي لما فيه
من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز وهذا
ينزع الى تخصيص العلة والتخلص معروف ولا المزابنة من الزبن بمعنى الدفع يقال

زبنت الشيء زبنا اذا دفعته ويقال للمشتري زبون لانه يدفع غيره عن اخذه المبيع كذا في
المصباح وهي في الشرع بيع الثمر بثاء مثلثة ما على النخيل بتمر بتاء مثناة مجذوذا اي
مقطوعا مثل كيله اي كيل ما على النخيل خرصا بفتح الخاء المعجمة وسكون الراء المهملة
والصاد المهملة اي بطريق الحزر والتخمين وفي المصباح خرصت النخل خرصا من باب
قتل حزرت ثمره وانما لم يجز هذا البيع للنهي عنه لما في الصحيحين من حديث جابر رض
ان رسول الله عم نهى عن المزابنة والمحاقلة ولما فيه من شبهة الربوا ولا المحاقلة
وهي بيع البر في سنبله ببر مثل كيله خرصا لما روينا وذكرنا من شبهة الربوا
كما لو كانا موضوعين على الارض وباع احدهما بالاخر خرصا وبيع العنب بالزبيب
على هذا وقال الشافعي يجوز بيع المزابنة فيما دون خمسة اوسق لا فيما زاد عليها
وله في خمسة اوسق قولان لما روي ان النبي عم نهى عن بيع المزابنة ورخص في
العرايا وهو ان يباع الثمر الذي على راس النخيل بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق
قلنا سلمنا ان النبي عم رخص في العرايا لكن لا نسلم ان معنى العرية ما ذكرتم بل
معناها لغة العطية وتاويلها ههنا ان يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل
ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان
ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا
بالخرص ليدفع ضرره عن نفسه ولا يكون مخلفا لوعده وبه نقول لان
الموهوب له لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك الواهب فما يعطيه
من التمر لا يكون عوضا بل هبة مبتداة ويسمى بيعا مجازا لانه في الصورة عوض
واتفق ان ذلك فيما دون خمسة اوسق فظن الراوي ان الرخصة مقصورة
على هذا فنقل كما وقع عنده والكلام في المحاقلة كما في المزابنة ولا البيع بالملامسة
والمنابذة والقاء الحجر للنهي عنها وقد كانت في الجاهلية ثم نهى عنها ثم فسرها بقوله
بان يتساوما سلعة يقال ساوم البايع سلعة عرضها على البيع وذكر ثمنها وسامها
المشتري بمعنى استامها كذا في المغرب فيلزم البيع لو لمسها المشتري رضي المالك
بذلك اولم يرض وهو البيع بالملامسة او وضع المشتري عليها حجرا وهو البيع بالقاء
الحجر او نبذها اي طرح السلعة اليه اي الى المشتري البايع وهو البيع بالمنابذة

وفي

وفي المغرب بيع الملامسة ان يقول لصاحبه اذا لمست ثوبك او لمست ثوبي فقد وجب البيع
او يقول المشتري كذلك والمنابذة ان يقول اذا نبذته اليك او يقول المشتري اذا نبذته
الي فقد وجب البيع والقاء الحجر ان يقول المشتري والبايع اذا القيت الحجر وجب البيع
ثم وجه الفساد في هذه البيوع تعليق التمليك على انه متى لمسه او القى عليه الحجر او نبذها
يلزمه البيع بلا وجيب ادمنه بعد سبق تراضيهما على الثمن فصار نفس اللمس والقاء الحجر والنبذ
السلعة بيعا ضرورة مسقطا للخيار وقد تقرر ان التمليكات لا تحتمل التعليق بالخطر
ولا بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع الا بشرط ان ياخذ ايهما شاء فانه يجوز استحسانا
على ما مر في شرط خيار التعيين ولا بيع المراعي والمراد بها الكلاء لا موضع الرعي لان الارض
يصح بيعها واجارتها واختلفوا في تفسير الكلاء فقيل هو ما ليس له ساق من الحشيش
رواه الحلواني عن محمد وقيل ما له ساق وما لا ساق له كلاهما كلاء وهو اختيار الفضلي
ويؤيده ما في المغرب كل ما رعته الدواب من رطب ويابس فهو كلاء وانما لم يجز
بيعها لانها غير مملوكة له لعدم احرازها وبيع ما لا يملك لا يجوز يعني انه باطل على ما في
قاضيخان واشتراك الناس فيها اشتراك اباحة لا اشتراك ملك ومعنى ما رواه احمد
وابو داود الناس شركاء في ثلاث الماء والكلاء والنار ان لهم الانتفاع بها اما
بالماء فبالشرب وسقي الدواب والاستقاء من الابار والحياض والانهار المملوكة
واما بالكلاء فبالاحتشاش وان كان في ارض مملوكة الا ان لصاحب الارض
المملوكة ان يمنع من الدخول في ارضه فان منع فلغيره ان يقول ان لي في ارضك
حقا فاما ان توصلني اليه او تحشه او تسقيه فصار كثوب رجل وقع
في دار رجل اما ان ياذن للمالك في دخوله لياخذه واما ان يخرجه اليه اما
اذا احرز الماء بالاستقاء في انية او حوض بحيث انقطع جريانه والكلاء بقطعه
جاز بيعه لانه بذلك ملكه وهذا فيما اذا نبت بنفسه ظاهر واما اذا سقى الارض
واعدها للانبات فنبتت ففي الذخيرة والمحيط والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو
مختار الصدر الشهيد وهكذا ذكر في اختلاف ابي ح وزفر فيحمل كلام المص على ما
اذا لم يعدها للانبات وكذا لو حفر حول ارضه وهياها للانبات حتى نبت القصب
صار ملكا له وقال ابو الحسن القدوري لا يجوز بيع الكلاء في ارضه وان ساق الماء

الى ارضه ليس بجنابة وفي فتح القدير ان اكثر العلماء على الاول واما اذا اراد فبالاصطلاء
بها وتجفيف الثياب يعني اذا اوقد رجل نارا فلكل ان يصطلي بها اما اذا اراد ان يأخذ
الجمر فليس له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدوري ولا اجارتها لانها وردت
على استهلاك العين ومحل الاجارة استهلاك المنافع لا الاعيان مباحة كانت الاعيان
كما نحن فيه او مملوكة كاستيجار البقرة ليشرب لبنها الا ان تكون الاعيان آلة لاقامة
العمل المستحق بالاجارة كالصبغ في استيجار الصباغ واللبن في استيجار الظئر لكونه
آلة للحضانة والظئورة وفي البحر والحيلة في جواز اجارة الكلاء ان يستاجرها
لايقاف الدواب فيها او ليضرب عليها فسطاطا او يجعل حظيرة لغنمه او لمنفعة
اخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن او الاجارة ثم يبيح الكلاء فيحصل بغرضهما
وهل اجارة الكلاء فاسدة او باطلة ذكر في الشرب انها فاسدة حتى يملك الاجر
الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه كذا في العناية وقال في القنية بعلامة دفع
حمت واستيجار الاشجار والداراجين باطل وهذا يشعر كون اجارة الكلاء باطلا
ايضا وقالوا ان كانت الاجارة باطلة في الكلاء او في الاشجار فالفضل يطلب
للمستاجر لانه لا اثر للعقد فيصير كان الترك حصل بغير عقد باذن صاحبه وان كانت
الاجارة فاسدة فالفضل لا يطلب للمستاجر لان للعقد اثرا فيه فيتمكن فيه نوع خبث
ولا النحل بلا كوارات عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد وهو قول الشافعي وهذا لانه
حيوان منتفع به حقيقة باستيفاد ما يحدث منه وشرعا لعدم ما يمنع عنه شرعا
وكونه غير ماكول لا يمنعه كالبغل والحمار يجوز بيعهما فيجوز بيع النحل ايضا اذا كان
مجتمعا في موضع ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالوزغ والعقرب والزنبور والجبة
والضفدع والسرطان ولانه لا ينتفع بعينه بل الانتفاع بما يحدث منه وذلك
معدوم وقت البيع فلا يجوز بيعه حتى لو باع كوارات فيها عسل بما فيها من النحل يجوز
تبعا له على ما ذكره الكرخي في مختصره والقدوري في شرحه وعن الكرخي ان النحل
ليس من حقوق العسل فلا يدخل في بيعه تبعا له لان التابع لابد ان يكون من حقوق
المتبوع والشيء انما يدخل في بيع الشيء اذا كان من توابعه وحقوقه كالشرب والطريق
في بيع الارض واجيب عنه بان التبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح فالعسل تابع

للنحل في الوجود والنحل تابع للعسل في المقصود بالبيع وقال في المصباح كوارة النحل
بالضم والتخفيف والتثقيل لغة عسلها في الشمع وقيل بيتها اذا كان فيه العسل انتهى
والمراد هنا هو الثاني ولا دود القز وبيضه عند ابي حنيفة لانه من الهوام وبيضه مما
لا ينتفع به بعينه بل بما يحدث منه وهو معدوم في الحال وعند ابي يوسف يجوز
في الدود اذا كان مع القز تبعا للقز كبيع النحل مع العسل وفي المصباح القز معرب
قال الليث هو ما يعمل منه الابريسم ولهذا قال بعضهم القز والابريسم مثل الحنطة
والدقيق انتهى وفي البيض عنه قولان في قول مع ابي حنيفة في عدم الجواز وفي قول
مع محمد في الجواز وعند محمد يجوز بيعهما مطلقا اي سواء كان مع القز او لا لكونهما منتفعا
بهما في المال كالمهر والجحش ولمكان الضرورة العادية في بيضه وهو المختار للفتوى
على ما في الخلاصة وكذا الفتوى على قول محمد ايضا في بيع النحل على ما في الذخيرة والخلاصة
وانما خص النحل والدود من الهوام لان عدم جواز بيع ما سواها من الهوام كالحيات
والعقارب والوزغ والقنافذ والضب وغيرها اتفاقي ولا يجوز بيع شيء من حيوان
البحر الا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك كذا في
فتح القدير ولكن ذكر في الذخيرة اذا اشترى العلق يجوز وبه اخذ الصدر الشهيد
لحاجة الناس اليه وفي الخلاصة وهو المختار وفي المصباح العلق شيء اسود يشبه
الدود ويكون بالماء فاذا شربته الدابة تعلق بحلقها انتهى ولا بيع الابق المطلق اي
الذي كان ابقا في حق المتعاقدين لما ذكره محمد في الاصل قال بلغنا رسول الله عم
انه نهى عن بيع الغرر وعن بيع العبد الابق ولانه غير مقدور التسليم قيد بالابق
احترازا عن بيع العبد المرسل في حاجة المولى فانه جائز ولو باعه ثم ابق قبل القبض
فالمشتري بالخيار وفي فسخ ذلك العقد ولا يكون للبائع ان يطالب المشتري بالثمن
ما لم يحضر العبد وقيد بالبيع احترازا عن عتقه فانه اذا اعتق عبده الابق حال اباقه
يجوز لانه اسقاط لا تمليك الا انه اذا اعتقه من كفارته اشترط العلم بحيوته وهل
يجوز هبته وتصدقه ففي قاضيخان من كتاب الهبة ولو وهب عبده الابق لولده الصغير
لا يجوز ولو باع جاز انتهى وقال في الزيلعي وفتح القدير وغاية البيان والكفاية
يجوز هبة العبد الابق لابنه الصغير او ليتيم في حجره بخلاف بيعه لابنه الصغير

حيث لا يجوز وعلله في الفتح بان شرط البيع القدرة على التسليم عقيب البيع وهو منتف
وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لانه بازاء مال مقبوض من
مال الابن وهذا قبض ليس بازائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظرا للصغير
فانه لو عاد على ملك الصغير ولهذا اجزنا بيعه ممن زعم انه في يده لثبوت التسلم
والمقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسلم فاذا كان ثابتا حصل المقصود انتهى
قلت عند ملاحظة هذا الوجه يظهر قوة ما ذكروه من جواز هبة الابق لابنه الصغير
وعدم جواز بيعه له وضعف ما ذكره قاضيخان فعلى ما ذكروه لا يحتاج قوله ولا
بيع الابق الى ان يستثنى منه بيع الابق لابنه الصغير بل يبقى على اطلاقه واما على ما ذكره
قاضيخان فيحتاج الى استثنائه منه مع ان قاضيخان ذكر في باب البيع الفاسد ان
بيع العبد الابق لا يجوز الا اذا باعه من في يده ولم يستثن بيعه لابنه الصغير هذا
في جواز هبته لابنه الصغير وهل يجوز هبته للاجنبي وولده الكبير قلت والذي ظهر
من كلامهم وما ذكره الامامان المذكوران من التعليل المذكور انه لا يجوز باتفاق كلامهم
لان التسليم والقبض شرط في الهبة ولم يوجد ذلك في حق الاجنبي وولده الكبير
واما تصدقه فذكر في البحر ان تصدق عبده الابق لابنه الصغير يجوز في رواية عن
ابي يوسف ولا يجوز في رواية اخرى عنه هذا حكم بيع العبد الابق من يد المالك واما
بيع العبد الابق من يد الغاصب ففيه تفصيل فان باعه من غير الغاصب لا يجوز
وان باعه من الغاصب جاز على ما صرح به في البحر نقلا عن الذخيرة حيث قال
واذا ابق العبد المغصوب من يد الغاصب ثم ان المالك باع ذلك العبد من الغاصب وهو
ابق بعد فالبيع جائز لان الاباق انما يمنع جواز البيع اذا كان التسليم محتاجا اليه
بان ابق من يد المالك ثم باعه المالك واما اذا لم يكن التسليم محتاجا اليه كما في مسئلتنا
فيجوز لحصول التسلم فيه بلا تسليم انتهى فان قيل كيف لا يحتاج الى التسليم والتسلم
وهو غير موجود في يد الغاصب وقت البيع لاباقه قلنا ان المغصوب لما صار
مضمونا على الغاصب قام خلفه مقامه فصار موجودا في يده لان الفائت الى
خلف كلا فائت الامن يزعم اي يظن انه عنده فان بيعه منه جائز لان المنهي عنه هو
بيع الابق المطلق اي ما يكون ابقا في حق البايع والمشتري وهذا غير ابق في حق المشتري

لكونه

لكونه عنده فينتفي العجز عن التسليم لحصول التسليم كما لو باع العبد المغصوب من الغاصب
او من غيره وهو يقر الغصب او ينكره لكن للمالك بينة عادلة عليه فان بيعه منه في
الصورتين جائز لانتفاء العجز عن التسليم لحصول التسليم بخلاف بيعه من الغاصب
او غيره عند انكار الغاصب ولا بينة له فانه لا يجوز لعجزه عن التسليم وبخلاف ما لو جاء
المشتري برجل معه وقال عبدك الابق عند هذا الرجل فبعه مني وانا اقبضه منه واعترف
ذلك الرجل فانه لا يجوز بيعه لانه ابق في حق العاقدين ولان تسليمه فعل غيره وهو
لا يقدر على فعل غيره فلا يجوز بيعه ثم ان كان ذلك الزاعم قبضه لنفسه حين قبضه
يصير قابضا له بمجرد العقد بالاتفاق بلا حاجة له الى قبض جديد لشرائه وان كان
قابضا للرد على مالكه فاما ان يشهد على ذلك او لم يشهد فان اشهد لا يصير قابضا
لانه امانة عنده حتى لو هلك قبل الوصول الى المولى هلك من مال المولى وقبض الامانة
لا ينوب عن قبض المبيع اجيز عليه وبعد القبض ليس للبايع فسخه بخلاف الامانة واما
الملك فان الضمان يثبت الملك من الجانبين بخلاف الامانة وان لم يشهد يجب ان يصير
قابضا له لانه قبض غصب وهو قبض ضمان على قول الح ومحمد وعن ابي يوسف
انه لا يصير قابضا فيما اذا لم يأخذه لنفسه بل اخذه للرد سواء اشهد عليه او لم يشهد
والاصل ههنا انه متى تجانس القبضان ناب احدهما مناب الاخر وذلك بان يكون
كلاهما قبض امانة او قبض ضمان اما اذا اختلفا فينوب المضمون عن غير المضمون
ولا ينوب غير المضمون عن المضمون لان المضمون اقوى من غير المضمون والضعيف
لا ينوب مناب القوي بيانه ان الشيء اذا كان في يده بغصب او مقبوضا بعقد
فاسد فاشتراه من المالك بعقد صحيح ينوب القبض الاول عن الثاني حتى لو هلك
قبل ان يذهب الى بيته ويصل اليه او يتمكن من اخذه فالهلاك عليه وكذا لو كان
الشيء في يده وديعة او عارية فوهبه منه مالكه لا يحتاج الى قبض اخر وينوب
القبض الاول عن الثاني ولو كان في يده بالغصب او بالعقد الفاسد فوهبه
المالك منه لا يحتاج الى قبض جديد ولا ينوب القبض الاول عن الثاني فاذا انتهى
الى مكان يتمكن من قبضه فالان يصير قابضا بالتخلية والرهن كالعارية كذا
في الخلاصة فان عاد من الاباق قبل الفسخ اي فسخ المشتري لا ينقلب صحيحا في

ظاهر الرواية وبه اخذ مشايخ بلخ لانه وقع باطلا فان القدرة على التسليم جزء المحل
وهو البيع وقد فات ذلك الجزء وقت العقد فانعدم المحل فلا ينقلب صحيحا بل يحتاج الى عقد
جديد فصار كما اذا باع طيرا في الهواء ثم اخذه وسلمه في المجلس فان قيل لو كان هذا
باطلا لما صح عتق المشتري حال اباقه ولما وقع عن كفارته لو علم حيوته وقت الاعتاق
ونواها قلنا الاعتاق اتلاف واسقاط لا يشترط فيه التسليم والقبض فيلايم النوى
بالاباق فينعقد بخلاف البيع فانه اثبات الملك فيشترط فيه التسليم والقبض فينافيه
النوى وكذا الحال فيما لو وهبه المشتري لابنه الصغير او ليتيم في حجره لان ما بد من اليد
كاف في الهبة دون البيع على ما ذكرناه وقيل ينقلب صحيحا ما لم ينفسخ وهو رواية عن
محمد وبه اخذ الكرخي لان العقد قد انعقد لقيام المالية لان مال المولى لا يزول بالاباق
حتى ابق بعد البيع فاذا جاز اجبر البايع على التسليم والمشتري على القبض ان امتنعا واما
اذا فسخه المشتري بحكم القاضي ثم ظهر العبد فانه يحتاج الى عقد جديد بالاتفاق ولا
لبن امراة حرة او امة في ظاهر الرواية ولو وصلية بعد الحلب خلافا للشافعي فانه
يقول يجوز بيعه من حرة او من امة ويضمن بالاتلاف لانه مشروب طاهر فصار
سائر المايعات الطاهرات وعن ابي يوسف يجوز بيعه بعد الحلب في اناء وجه
الظاهر انه جزء الادمي وهو مكرم بجميع اجزائه مصون عن الابتذال بالبيع ولان جزء الادمي
ليس بمال والبيع يرد على المال وكونه مشروبا ضروري لاجل الاطفال حتى لو استغنى
عنه لا يجوز فلا يتعدى موضعه ولا يضمن بالاتلاف كما يضمن سائر اجزائه لان
الضمان دائر على الانتقاص بالاتلاف لا على مجرد الاتلاف ولا انتقاص في شيء من اجزائها
باتلاف اللبن فلا ضمان ومن هنا قالوا انه لو جرح محلا من بدن ادمي واندمل البرء
بالجرح سقط الضمان وكذا لو نبت السن الساقط سقط الضمان لعدم النقصان
وعند ابي يوسف يصح البيع في لبن الامة اي اذا كان في وعاء لانه يجوز ان يرد البيع
على نفسها فيجوز على جزءها ايضا اعتبارا للجزء بالكل قلنا ان البيع انما يرد على ما حل
فيه الرق وقد حل بنفسها فجاز بيعها بخلاف لبنها فانه لا رق فيه لان الرق يختص
بمحل العتق لانه ضعف حكمي فيختص بمحل القوة التي هي ضده وهي الحي لان الضدين يتعاقبان
في موضع واحد ولا حيوة في اللبن فلا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضع

ولا

ولا شعر الخنزير لانه ليس بمال لنجاسة عينه على ما عليه الاجماع ولانه مهان شرعا مبتذل
فلا يكون مجازا شرعا لانه قلب الموضوع بخلاف الدهن النجس فان بيعه يجوز لان نجاسته
ليست لعينه بل لمخالطته النجس فيجوز بيعه ولكن يباح الانتفاع به للاساكفة للخرز ضرورة
لان غيره لا يعمل عمله لان خرز النعال والاخفاف لا يتاتى الا به وعن ابي يوسف انه يكره
لان الخرز يتاتى بغيره ايضا والاول ظاهر الرواية ثم لا حاجة الى بيعه لانه يوجد مباح
الاصل وقيل اذا كان لا يوجد الا بالبيع يجوز بيعه لكن الثمن لا يطيب للبايع وقال ابو الليث
ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء لان
ذلك حالة الضرورة واما البيع فيكره لعدم الحاجة اليه وفي الزيلعي لا باس للاساكفة
ان يصلوا مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم للضرورة وقال في فتح القدير
ينبغي ان يخرج هذا على القول بطهارته في حق الاساكفة واما على قول ابي يوسف فلا
وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى ان يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع
عنه ويجتمع في ثيابهم هذا المقدار انتهى يعني ان الوجه في جواز معه للاساكفة هو القول
بطهارته على ما روي عن محمد للضرورة وتفسد الماء القليل عند ابي يوسف لان
اطلاق الانتفاع به كان للضرورة ولا ضرورة الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع
في الماء غير حالة الاستعمال الا عند محمد لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ووقوع
الطاهر في الماء لا ينجسه فمحل هذا الخلاف فيما اذا كان منتوفا واما اذا كان مجزوزا
فطاهر بالاتفاق على ما في العناية نقلا عن التمرتاشي وقاضيخان وقال قاضيخان
في اول فتاواه شعر الخنزير اذا وقع في الماء يفسده لانه نجس العين انتهى واطلاقه
هذا يخالف ما نقله صاحب العناية عنه ولا بيع شعر الادمي اي باطل على ما صرح
به في قاضيخان ولا الانتفاع به ولا بشيء من اجزائه لانه مكرم بجميع اجزائه وفي بيع
ما هو مكرم والانتفاع به ابتذال واهانة له وقد صح عن النبي عم على ما رواه في الصحيحين
انه قال لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواصلة هي التي
تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة هي التي يوصل لها ذلك بطلبها ورضاها وهذا
اللعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به لما فيه من اهانة المكرم لا لتكثير الشعر كيف وقد
رخص في اتخاذ القرامل من الوبر ليزيد في قرون النساء ويكثرها ولا تمنع القرامل

لانها زينة ولا شك ان الزينة حلال فلولا لزوم الاهانة بالاستعمال يحل وصلها كذا في
فتح القدير فان قيل لاشك ان وصل شعر غير المستوصلة حرام وهل يحرم وصل شعر
المستوصلة ايضا وهو شعر نفسها قلت والذي ظهر من تعليلهم اللعن بالانتفاع بما
لا يحل الانتفاع به حرمته ايضا لانه بعد الانفصال من بدنها لا يحل الانتفاع لا لنفسها
ولا لغيرها للاشتراك في العلة اعني ابتذال المكرم ويؤيد ما قلنا عبارة المختار قال
ووصل الشعر بشعر الآدمي حرام سواء كان شعرها او شعر غيرها فان الظاهر
في شعرها ان يرجع الى المستوصلة وروي عن محمد انه يجوز الانتفاع بشعور الانسان
لما روي ان النبي عم حين حلق راسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا يتبركون به فلو كان
نجسا قلنا عدم الانتفاع به ليس لنجاسته حتى يصح الاستدلال بذلك بل لكونه مكرما
واهانة المكرم لا يجوز وما رواه مختص بالنبي عم سيما ان الاخذ به بالتبرك ليس باستعمال
له بل تعظيم والواشمة هي التي تشم في الوجه والذراع وهو ان تغرز الجلد بابرة ثم
تحشى بكحل او نحوه والمستوشمة هي التي تفعل بها ذلك بطلبها وقد ذكرنا في باب
الانجاس ان موضع الوشم نجس يجب ازالته ان امكن ولا يجوز اقامته ان جاوز
قدر الدرهم لان الدم المنعقد فيه نجس وانما جازت صلوته للضرورة ولا ضرورة
في اقامته ولا بيع جلود الميتة قبل الدباغ لقوله عم لا تنتفعوا من الميتة باهاب
رواه ابو داود والاهاب اسم لجلد غير مدبوغ على ما روي عن الخليل ولانها غير
منتفع بها لنجاستها قبل الدباغ باتصال الدسومات الرطبة النجسة خلقة بخلاف
الثوب النجس باتصال النجاسة فانها ليست بخلقية فيجوز بيعه فان قيل النهي عن
الانتفاع يقتضي المشروعية على ما في الاصول فلم لا يجوز بيعها قلنا ان هذا نهي
عن الافعال الحسية فيكون قبيحا لعينه فلا يكون مشروعا فان قيل فعلى هذا ينبغي ان
يكون البيع بها باطلا لا فاسدا فهل هو كذلك قلنا نعم على ما ذهب اليه البزدوي
وقاضيخان حيث قال بيع جلود الميتات باطل اذا لم يكن مدبوغة لكن قال صاحب
المحيط انها قبل الدبغ مثل الخمر لكونها مرغوبا فيها بين الناس فعلى هذا ينبغي ان يكون
بيعها فاسدا ويجوز بيعها بعده اي بعد الدبغ وينتفع به لانه طهر بالدباغ ويباع عظمها
وكذا ينتفع بها وكذا عصبها وقرنها وصوفها وشعرها ووبرها لانها طاهرة لعدم

حلول الموت فيها ولحوم السباع وشحومها بعد الذكوة كجلود الميتة بعد الدباغ حتى يجوز
الانتفاع بها غير الاكل وكذا اي يباع وينتفع بعظم الفيل عند ابي ح وابي يوسف لانه كسائر
السباع عندهما من الكلب وغيره لكونه مما ينتفع به بالركوب والحمل فلا يكون نجس العين
ولكن قالوا انما يجوز بيع عظمه اذا لم يكن عليه دسومة واما اذا كانت فلا يجوز بيعه
للنجاسة كذا في العناية وفي شرح مختصر الكرخي يجوز بيع القرد عند ابي ح في رواية
الحسن وفي المحيط وهو المختار وقال في قاضيخان وبيع الفيل جائز وفي القرد روايتان
عن ابي ح وروي عن ابي يوسف بيع القرد باطل خلافا لمحمد لانه نجس العين عنده كالخنزير
اعتبارا به في حرمة اللحم وغيرها حتى قال لا يقع عليه الذكوة ولا يطهر جلده بالدباغ
ولا يجوز بيع علو بالضم والكسر خلاف السفل سقط وحده او مع السفل وذلك
لعدم المالية لان حق التعلي ليس بمال لعدم امكان احرازه وانما جاز بيعه قبل الانهدام
باعتبار البناء القائم فلو باعه وسقط قبل القبض يبطل البيع كهلاك المبيع قبل
القبض فان المبيع اذا هلك قبل القبض يبطل البيع سواء هلك بآفة سماوية او بفعل
البايع او بفعل المبيع على ما صرح به في الخلاصة والبزازية وغيرهما من الفتاوى
اما اذا هلك بآفة سماوية او بفعل المبيع فظاهر وكذلك اذا كان بفعل البايع
لان المبيع في يده مضمون بالثمن قبل القبض بدلالة انه لو هلك سقط ثمنه عن
المشتري ولا يجوز ان يكون مضمونا بالقيمة لان الشيء الواحد لا يتوالى عليه ضمانان
ضمان القيمة وضمان الثمن ويستوي في ذلك كون البيع باتا او بشرط الخيار للمشتري
او للبايع واما اذا هلك بفعل المشتري فلا يبطل البيع وعليه ثمنه ان كان البيع مطلقا
او بشرط الخيار للمشتري وان كان البيع بشرط الخيار للبايع او كان البيع فاسدا
لزمه ضمان مثله ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا واما اذا هلك بفعل الاجنبي
فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع الى ملك البايع ويضمن الجاني المثل
في المثلي والقيمة في القيمي ثم ينظر ان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل على
الثمن لا يطيب له الفضل وان كان من خلاف جنس الثمن يطيب له وان اختار
المشتري البيع دون الفسخ فعليه الثمن للبايع وله اتباع الجاني بالضمان ثم ان كان
الضمان من جنس الثمن لا يطيب له الفضل وان كان من خلاف جنسه حيث

حيث طاب له الفضل ثم اختيار اتباع الجاني بالضمان بمنزلة القبض عند ابي يوسف حتى
لو توى على الجاني توى على المشتري ولو اخذ المشتري من الجاني مكانه شيئا اخر جاز له ذلك
عنده وعند محمد ليس بمنزلة القبض حتى لو توى على الجاني توى على البايع وليس للمشتري
ان ياخذ مكانه شيئا اخر من الجاني هذا حكم هلاك الكل ولو هلك البعض قبل القبض
ان هلك بفعل البايع طرح عن المشتري حصة النقصان من الثمن سواء كان ذلك
النقصان نقصان قدر او نقصان وصف والمشتري بالخيار في الباقي ان شاء
اخذ بحصته من الثمن وان شاء ترك وان هلك بفعل الاجنبي فكما ذكرنا من قبل وان هلك
بافة سماوية ان كان نقصان قدر يطرح عن المشتري حصة ما فات من الثمن وله
الخيار في الباقي ان شاء اخذ بحصته من الثمن وان شاء تركه وان كان نقصان
وصف لا يطرح عن المشتري شيء من الثمن لكن له الخيار ان شاء اخذ بجميع الثمن وان شاء
ترك والوصف ما يدخل تحت البيع بغير ذكر كالاشجار والبناء في الارض والاطراف
في الحيوان والجودة في الكيلي والوزني وان هلك بفعل المبيع فكما ذكرنا من قبل
وان هلك بفعل المشتري يصير قابضا قدر ما استهلكه والباقي بالتعيب حتى لو هلك
الباقي في يد البايع قبل الحبس هلك على المشتري ولو هلك بعد الحبس هلك على
البايع هذا حكم الهلاك قبل القبض ولو هلك الكل بعد القبض فالهلاك على المشتري
الا اذا هلك بفعل البايع والمشتري قبضه بغير اذن البايع والثمن حال غير منقود
صار البايع مستردا وبطل البيع وسقط الثمن عن المشتري ولو هلك البعض بعد
القبض فالهلاك على المشتري ايضا الا اذا هلك بفعل البايع ثم ينظر ان لم يكن
للمشتري حق الاسترداد فهو كالاستهلاك بفعل الاجنبي وان كان له حق الاسترداد
او انفسخ البيع في قدر ما استهلكه البايع وسقط عن المشتري حصته من الثمن
ولا يكون مستردا للباقي حتى لو هلك الباقي في يد المشتري لزمه حصة الباقي من
الثمن الا اذا هلك الباقي من سراية جناية البايع ثم يكون مستردا بذلك وسقط
عن المشتري جميع الثمن هذا توضيح المسئلة على ما يرد عليه واعترض عليها نقضا
بمسئلة بيع الشرب فانه ليس بمال كحق التعلي بل هو حق الارض مع انه يجوز بيعه
تبعا للارض باتفاق الروايات ومنفردا في رواية واختاره مشايخ بلخ اجيب عنه

بانه مال لانه نصيب من الماء حتى يجب الضمان بالاتلاف فانه لو سقى ارض نفسه بماء
غيره يضمن دنيه ولان له حظا من الثمن حتى لو ادعى رجل شراء ارض بشربها بالف
فشهد شاهد بذلك وسكت الاخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في ثمن
الارض وانما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية لجهالته لا لعدم كونه مالا
كذا في الهداية والعناية والزيلعي ولكن قال في فتح القدير بيع الشرب يجوز تبعا للارض
باتفاق الروايات فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض واما اذا باع ارضا
مع شرب ارض اخرى ففي صحته اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز منفردا كبيع الشرب
يوما او يومين حتى تزداد نوبته وجوزه مشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف ومحمد بن
سلمة لان اهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس يترك بالتعامل كما جوز
السلم للضرورة والاستصناع للتعامل ثم قال ان وجوب الضمان بالاتلاف في
الشرب هو رواية البزدوي واما على رواية شيخ الاسلام لا يضمن ولا بيع المسيل
ولا هبته وصحا اي البيع والهبة في الطريق اعلم ان بيع رقبة الطريق وهبتها جائز
لكونها معلومة بطولها وعرضها سواء كان بين ذلك او لم يبين اما اذا بين فظاهر واما
اذا لم يبين فيقدر بقدر باب الدار العظمى واما بيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل
وهبتها فلا يجوز لجهالة قدر ما يشغله الماء الا اذا بين طولها وعرضها فانه يجوز
لكونها معلومة على ما ذكره قاضيخان واما من حيث انه نهر فجائز بيعه مطلقا لكونه
ارضا مملوكة على ما ذكره الامام السرخسي ولذا قيدناه بقيد الحيثية احترازا عنه واما
بيع حق الطريق وهو المرور والتطرق ففيه روايتان في رواية ابن سماعة انه يجوز
لكونه معلوما لتعلقه بمحل معلوم بالبيان او بالتقدير بباب الدار العظمى ويدل
على هذه الرواية ما ذكره في الشامل دار بين رجلين فيها طريق لرجل اخر ليس له منعهما
من القسمة ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى لانه لا حق له في غير الطريق فان
باعوا الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر
بثلث الثمن لان صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق يكون على
عدد الرؤوس لان صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع انتهى فقد جعل
لحق الممر قسطا من الثمن فدل ذلك على جواز بيعه وفي رواية الزيادات انه لا يجوز بيعه

وصححه الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير معللا بان بيع الحقوق بانفرادها لا يجوز
كبيع حق التعلي واما بيع حق المسيل فلا يجوز مطلقا لانه ان كان على السطح فهو نظير حق
التعلي فلا يجوز باتفاق الروايات كما في حق التعلي لعدم كونه مالا كاملا ولا يتعلق ايضا
بمال وان كان على وجه الارض فلا يجوز ايضا لجهالته لان قدر ما يشغله الماء غير
معلوم اذا عرفت هذا فمراد المص ان كان رقبة المسيل ورقبة الطريق فالفرق بينهما حيث جاز
بيع احدهما دون الاخر بالعلم والجهل على ما ذكرناه وان كان حقهما فعلى رواية الزيادات
لا فرق بينهما لشمول العدم وفي رواية ابن سماعة الفرق بينهما بالعلم والجهل ايضا كما ترى
لكن مراده رقبتهما كما ترى ثم الفرق بين حق التعلي وحق المرور على رواية ابن سماعة
حيث جاز بيع حق المرور دون حق التعلي ان حق التعلي يتعلق بعين لا يبقى على ما مر
فاشبه المنافع فلا يرد عليها البيع واما حق المرور فيتعلق بعين يبقى وهو الارض فاشبه
الاعيان فيرد عليها البيع فان قيل لا يجوز بيع التسكين وحدها مع انها حق يتعلق بعين
يبقى وهو الدار اجيب عنه بانه ممنوع بل يتعلق بالبناء ايضا ولا بيع شخص على انه امة
فاذا هو عبد صورة المسئلة في الجامع الصغير هكذا محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
بيع هذه على انها جارية فاذا هو غلام قال لا بيع بينهما انتهى والاصل ههنا ما ذكره صاحب
الايضاح وغيره وقد ذكرناه في باب المهر وهو اصل يجري في العقود كلها من النكاح
والاجارة والصلح والخلع والعتق على مال والبيع ان التسمية والاشارة اذا وردا في
شيء فان كان المشار اليه مع المسمى جنسين مختلفين كانت العبرة للتسمية دون الاشارة
لان التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة تعرف الذات الحاضرة فانه
اذا قال هذا اشار الذات متعينا في الخارج والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها
تلك الذات وغيرها ونحن في مقام التعريف نأخذ ما يكون ابلغ في التعريف وهو
التسمية فيتعلق الحكم بالمسمى دون المشار اليه وان كان المشار اليه من جنس المسمى
فالعبرة للاشارة لان ما يسمى وجد في المشار اليه فصار حق التسمية مقضيا بالمشار اليه
اذا ثبت هذا فنقول اذا وقع البيع على جنس فاصيب المبيع غير ذلك الجنس كان البيع
باطلا لعدم المبيع كما اذا باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج او باع ثوبا على انه حرير
فاذا هو مرعزى فالبيع باطل لعدم المبيع وهو المسمى بياقوت وحرير على ما صرح به الكرخي

في مختصره وان اصيب المبيع من ذلك الجنس الا انه يخالفه في الصفة فان كان التفاوت
بين الصفتين فاحشا كان حكمها حكم الجنسين المختلفين فيكون البيع باطلا ايضا
كما اذا باع شخصا على انه امة فاذا هو غلام او بالعكس وقيل انه فاسد لا باطل
والاول اصح من حيث الرواية لان محمدا قال في الجامع الصغير لا بيع بينهما على ما ذكرنا
انفا وهذا اللفظ ظاهر في البطلان ولان الكرخي صرح في مختصره ان اختلاف
الصفة اذا اوجب اختلافا فاحشا كان ذلك بمنزلة الاختلاف في الجنس ثم اختلاف
الجنس يوجب البطلان كما اذا باع فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج فكذا اختلاف
الصفة اختلافا فاحشا كما في الامة والغلام وان لم يكن التفاوت بين الصفتين
فاحشا بل قليلا تعتبر الاشارة فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم وهو المشار اليه
الا انه لما ذكر فيه وصفا مرغوبا فيه ثم لم يجده ثبت له الخيار كما اذا باع على انه
كبش فاذا هو نعجة او بالعكس وقال زفر البيع جائز فيما اذا اصيب المبيع من ذلك
الجنس سواء كان يخالفه في الصفة اختلافا فاحشا اولا لان الذكورة والانوثة
وصفان لا يتبدل بهما معنى الذات كما اذا باع على انه كبش فاذا هو نعجة قلنا الاغراض
تتفاوت في بني ادم بالانوثة والذكورة تفاوتا فاحشا فاعتبر اجنسين مختلفين
لاختلاف الملك وذلك لان الانثى تصلح لخدمة داخل البيت من التخبيز والفراش وغيرها
والذكر يصلح لخدمة خارج البيت من الزراعة والتجارة وغيرها فلما جعل الجنس
مختلفا باختلاف الملك تعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم وبيع المعدوم باطل بخلاف
سائر الحيوان فان الغرض من الحيوانات الاكل والركوب والحمل والذكر والانثى
في ذلك سواء فلا يتفاوت تفاوتا فاحشا فاعتبر الذكر والانثى منها جنسا واحدا
وفي الجنس الواحد يتعلق العقد بالمشار اليه لا بالمسمى لوجود المسمى في المشار اليه
والمشار اليه موجود فيجوز البيع والحاصل ان العبرة في كونهما جنسين تفاوتهما
فاحشا في الصفة سواء اتحد ذاتهما كما في الامة والغلام او اختلف ذاتهما ايضا
كما في الياقوت والزجاج والعبرة في كونهما جنسا واحدا عدم التفاوت الفاحش
في الصفة كما في الكبش والنعجة ثم عند اختلاف الجنس يتعلق البيع الى المسمى لا المشار اليه
فان كان المسمى موجودا صح والا بطل وعند اتحاد الجنس يتعلق البيع الى المشار اليه لا المسمى

لحصول المسمى في المشار اليه فان كان المشار اليه موجودا صح والا بطل ومن هنا قالوا
الحديد والنحاس والرصاص والصفر اجناس مختلفة والثوب الهروي والمروي
جنسان مختلفان وكذا الزندنيجي مع الوداري جنسان مختلفان وكذا الماخوذ من
الكتان مع المتخذ من القطن جنسان وثمار النخيل كلها جنس واحد وان اختلفت انواعها
وكذا ثمرة كل نوع من الشجر جنس واحد كالعنب والكمثرى حتى لم يجز بيع نوع من العنب
بنوع اخر متفاضلا وكذا التفاح والكمثرى ويجوز بيع التفاح والكمثرى متفاضلا
والخل مع العصير جنسان مختلفان وكذا مع الخمر والعنب مع التفاح وكذا مع الكمثرى
جنسان والبقر مع الجواميس جنس واحد والغنم ضانها ومعزها جنس واحد الى
غير ذلك والاصل في كلها فحش التفاوت في الاغراض وعدم فحشه فيها ولو باع
كبشا وهو ذكر الغنم فاذا هو نعجة وهي انثى الغنم صح البيع ويخير المشتري في القبول
ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك وكذا لو اشترى شاة على انها نعجة فاذا هي معز جاز
البيع ويخير المشتري لانهما جنس واحد ولهذا يكمل نصاب احدهما بالاخر في الزكوة
كذا في قاضيخان ولو اشترى جارية على انها جركسية فاذا هي كورجية فهو مخير في
الرد والقبول وجه الصحة ان المبيع وهو المشار اليه موجود لما ذكرناه ان العبرة عند
اتحاد الجنس الى الاشارة لا التسمية والعقد يتعلق بالمشار اليه لا المسمى والمشار اليه
هنا موجود والمقتضي وهو العقد قائم والمانع وهو كون المبيع معدوما مرتفع ووجه
التخيير فوات الوصف المرغوب فيه كما اذا اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب
صح البيع وله الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه ثم اختلفوا في ثبوت الخيار للمشتري
في امثال هذه المواضع فرقة منهم صاحب الهداية والمحيط لم يفرقوا بين كون الصفة
التي ظهرت خيرا من الصفة التي عينت او لا حين العقد او لا في ثبوت الخيار له وفرقة
اخرى منهم فخر الاسلام وصدر الشهيد اخو فخر الاسلام وظهير الدين ذهبوا الى ان
الخيار انما يثبت اذا كانت الصفة التي ظهرت انقص من التي عينت والا واما اذا كانت
خيرا منها فلا خيار له ورجح القول الاول بان غرض المشتري حصول حاجته لا كون الموجود
انقص او ازيد ورجح الثاني بانه لو اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له لكونه
خيرا من المشروط وفي عكسه مخير لفوات الوصف المرغوب فيه ولا شراء ما باع باقل الجار متعلق بشرا

ما باع الجار

ما باع الجار متعلق باقل والموصول عبارة عن الثمن قبل نقد الثمن كله من المشتري كما في
السراج الوهاج وسياتي ذكره صورته باع شيئا بثمن معلوم وقبضه المشتري ولم يقبض
البايع الثمن فاشتراه من ذلك المشتري باقل من الثمن الاول لا يجوز ذلك وقال الشافعي
يجوز وهو القياس لان الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه باي قدر كان من الثمن كما
اذا باعه من غير البايع او منه بمثل الثمن الاول او باكثر او بعرض او باقل بعد نقد الثمن
واحتج اصحابنا بالنقل والعقل اما النقل فما روى محمد عن ابي حنيفة عن عايشة ان امراة
سالتها فقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية بثمان مائة درهم الى العطاء ثم بعتها
منه بستمائة درهم قبل حلول الاجل فقالت عايشة بئسما شريت وبئسما اشتريت
ابلغ زيد بن ارقم ان الله ابطل حجه وجهاده مع رسول الله عم ان لم يتب فهذا الوعيد
يدل على الفساد فان قيل يجوز انكار عايشة ذلك لجهالة الاجل اعني الى العطاء يجيب
بان عايشة كانت ترى جواز الاجل الى العطاء وهو قول علي وابن ابي ليلى على ما ذكره
في الاسرار فلا معنى لانكارها لذلك واما العقل فلان الثمن الاول لم يدخل في ضمان
البايع قبل القبض فاذا عاد اليه عين ماله الذي خرج عن ملكه وصار بعض الثمن
قصاصا ببعض بقي له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص
لانه ربوا بخلاف ما اذا باع المشتري من غير البايع اذ لم يحصل للبايع فيه شيء من الربح
وبخلاف ما اذا باع من البايع بمثل الثمن الاول لعدم الفضل فيه وبخلاف ما اذا باع
من البايع باكثر من الثمن الاول فان الربح هناك يحصل للمشتري لا للبايع والمبيع قد
دخل في ضمان المشتري بقبضه فيكون الفضل ربح ما يضمن وبخلاف ما اذا باعه
منه بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة وبخلاف ما اذا باع منه بالعرض
بعد نقد الثمن الاول باقل منه لانه ربح ما هو مضمون لان الثمن دخل في ضمان البايع
بقبضه وبخلاف ما اذا تعيب المبيع عند المشتري ثم اشتراه البايع باقل من الثمن
الاول لان النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري
فلا يلزم الربوا واعلم ان الشراء في قوله ولا شراء ما باع اعم من شراء البايع نفسه
ومن شراء من لا يجوز شهادته له كولده وان سفل ووالده وان علا وعبده
ومكاتبه فان شراء هؤلاء كشراء البايع نفسه حتى لا يجوز شراء هؤلاء باقل

من الثمن الاول الا ان ابا يوسف ومحمدا قالا انه يجوز في غير العبد والمكاتب لان الاملاك
متباينة بخلاف المملوك لان كسبه لسيده وله في كسب مكاتبه حق الملك فكان
تصرفه كتصرفه ولابي ح ان شراء هؤلاء كشراء البائع لنفسه لاتصال منافع الملك
بينهم وهو نظير الوكيل في البيع اذا عقد مع هؤلاء حيث لا يجوز مع ترد شهادته
له وكذا لا يجوز شراء ما باع وكيله بالبيع باقل مما باع وكيله لان بيع وكيله كبيع
لنفسه وكذا لا يجوز شراء وكيله بالبيع باقل مما باعه وذلك بان وكل رجلا ببيع
عبده بالف مثلا فباعه وكيله ثم اراد الوكيل ان يشتري ذلك العبد باقل مما باع
لنفسه او لغيره بامره قبل نقد الثمن لم يجز ذلك اما شراؤه لنفسه فلان الوكيل
بالبيع بائع لنفسه في حق الحقوق فكان هذا كشراء البائع من وجه والثابت من
وجه كالثابت من كل وجه في باب الحرمات واما لغيره فلان شراء المامور واقع
له من حيث الحقوق فكان هذا شراء ما باع باقل لنفسه من وجه وكذا لا يجوز شراؤه
من وكيل مشتريه بالبيع باقل مما باع من مشتريه لان شراءه من وكيل مشتريه
كشرائه من مشتريه لنفسه وكذا لا يجوز لو اشترى من وارث مشتريه باقل مما
اشترى به المورث قبل نقد الثمن لقيام الوارث مقام المورث فكان شراء ما باع
باقل بخلاف ما اذا اشترى وارث البائع باقل مما باع به مورثه فانه يجوز وعن
ابي يوسف انه لا يجوز كالفصل الاول ووجه الفرق على ظاهر الرواية ان الوارث
يقوم مقام المورث فيما يرث لا فيما لا يرث ووارث البائع لم يقم مقام البائع في
هذا الشراء لانه يملك الشراء لنفسه في حال حيوة مورثه فكان كالاجنبي في
ذلك واما وارث المشتري فقام مقام المشتري في هذا المبيع لان ولاية البيع
له من احكام المورث لانه ما كان يملك البيع لنفسه حال حيوة مورثه لانه ملك
مورثه فلما قام وارث المشتري مقامه في بيع هذا العين بحكم الارث صار بيع
الوارث وبيع المورث سواء فكما لا يجوز بيع المشتري من البائع باقل فكذلك
لا يجوز بيع وارثه ايضا ثم اعلم ان هذا فيما اذا اشترى البائع من مشتريه او من
وارث مشتريه واما لو اشتراه ممن وهبه له او اوصاه له او باعه منه فانه
يجوز ولو باقل من الثمن الاول لان الربح المستفاد لم يعد اليه من جهة مشتريه

لان

لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان فصار كان ما يعود اليه غير المبيع
الاول ولو عاد المبيع الى ملك مشتريه بعد خروجه عنه فان عاد اليه بحكم ملك جديد
كالاقالة قبل القبض او بعده او بالشراء او بالهبة او بالميراث فشراء البائع منه باقل
من الثمن الاول جائز وان عاد اليه بما هو فسخ بخيار رؤية او شرط قبل القبض
او بعده فالشراء منه باقل لا يجوز عليهما في السراج الوهاج واطلق الاقل فشمل
الاقل قدرا والاقل وصفا فلو باع بالف نسيئة الى سنتين فسد على ما صرح به
في البحر ثم لا بد ان يكون الثمنان من جنس واحد لانه اذا اشتراه بجنس اخر غير
جنس الثمن الاول يجوز وان كان الثمن الثاني اقل من الاول لان الربح لا يظهر عند
اختلاف الجنس حتى كان العقد الاول بالدراهم فاشترى بالدنانير وقيمتها اقل من
الثمن الاول يجوز قياسا وهو قول زفر لان الدراهم والدنانير جنسان حتى لا يجري
بينهما ربوا الفضل ولا يجوز استحسانا ووجه الاستحسان انهما وان كانا جنسين
صورة الا انهما جنس واحد معنى لاتحادهما في الثمنية خلقة وعملنا بالاستحسان
ترجيحا للمحرم على المبيح هذا قال في السراج الوهاج لا يجوز ان يشتريه باقل من الثمن
الاول وان بقي من ثمنه درهم ولا بد من نقد جميع الثمن انتهى ولذا قيدناه بالكل
وفي القنية لو قبض نصف الثمن ثم اشترى النصف باقل من نصف الثمن لم يجز وكذا
لو احال البائع على المشتري انتهى قوله لم يجز لانه يكون شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد
الثمن وذا لا ينفصل بين الكل والبعض وقوله وكذا لو احال اي لو احال الغريم البائع
على المشتري ثم اشترى البائع باقل مما باع بعد الحوالة لم يجز وكذا لا يصح شراؤه
اي شراء البائع ما باعه مع غيره بثمنه الاول قبل نقده اي الثمن الاول ويصح في الغير
الذي ضم الى ما باعه اولا بحصته من الثمن هذه المسئلة من فروع ما تقدم من ان
شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لا يجوز بيانه انه لا بد ان يجعل بعض الثمن
بمقابلة ذلك الغير فيكون مشتريا لما باعه باقل مما باع وهو فاسد على ما تقدم
ولكن لا يسري الفساد الى الغير فيصح البيع فيه بحصته من الثمن فان قيل ان علة
الفساد في شراء ما باع لو كانت اصابته حصته من الثمن اقل من الثمن الاول
المستلزم لشرائه باقل مما باعه لزم ان لا يفسد البيع فيما لو باع جارية بخمسمائة

ثم اشتراها مع غيرها بالف وخمسمائة قبل نقد الثمن الاول لان عند القسمة نصيب كل واحد
منهما من الثمن اكثر من خمسمائة فلا يلزم شراؤه باقل مما باع لكنه فاسد فيما باع بخمسمائة
ثم اشتراها مع غيرها على ما ذكره الامام السرخسي وفخر الاسلام واكمل الدين وابن الهمام
ولو كانت علة الفساد في مسئلة الكتاب ما ذكر لما فسد البيع في هذه المسئلة لعدم
هذه العلة فيها اجيب عنه بوجهين احدها ان الفساد في هذه المسئلة لمعنى اخر غير ما
في مسئلة الكتاب وهو تعدد جهات الجواز وتكثرها وبيانه انا لو جعلنا بازاء
ما باعها الفا لجاز وكذا لو جعلنا الفا ودرهما جاز وكذا لو جعلنا الفا ودرهمين جاز
وهلم جرا وليس البعض بالحمل عليه اولى من البعض فامتنع الجواز ورد بوجوه احدها
ان اضافة الفساد الى تعدد جهات الجواز تشبيه الفساد في الوضع لان تعدد
جهات الجواز انسب بالجواز من الفساد فلا يكون صحيحة والثاني انه معارض بان
يجعل الجارية التي لم يبعها منه اولى في مقابلة مائة ومائتين وثلثمائة او اقل واكثر
فتعدد جهات الجواز وليس البعض اولى من البعض فامتنع الجواز لكنه جائز فتخلف المدعى
عن الدليل والثالث ان كل جهة يصلح علة للجواز فاعتبار الجهات في مقابلة جهة الجواز
مرجحة عليها ترجيح بكثرة الادلة وهذا لا يجوز والرابع النقض الاجمالي بانه لو صح لزم
ان يمتنع جواز ثبوت موجبه موجبات كثيرة تثبت دفعه فيمتنع تعدد العلل لانه يقال
فيها مثل ذلك مع ان تعدد العلل جائز اقول ليس مراد المجيب بقوله ان الفساد فيها لتعدد
جهات الجواز ان تعدد جهة الجواز علة مؤثرة في الفساد بل مراده ان جهات
لما تعددت لم يثبت الجواز لانه لو ثبت لثبت اما بكل واحد من تلك الجهات او بواحد
معين منها وكلاهما باطل لانه يلزم على الاول توارد العلل المستقلة على معلول واحد
شخصي وذلك لا يجوز على ما بين في محله ويلزم على الثاني ترجيح بلا مرجح واذا لم يثبت
الجواز يثبت الفساد لاحتمال الربوا او الاحتمال كاف به في ثبوت الفساد بلا حاجة
الى علة اخرى والاحتمال ثابت ههنا ومنه سقط الوجوه الثلاثة الاول واما الجواب
عن الرابع فلانه ان كان المراد بالموجبات في مادة النقض العلل المستقلة فثبوته
ممنوع والاّ لزم التوارد وان كان العلل الناقصة وكلامنا ليس فيها بل في الوجوه
المستقلة والثاني من وجوه الجواب ان جهات الجواز يقتضي الجواز وجهة الفساد

يقتضي

يقتضي الفساد والترجيح ههنا للمفسد ترجيحا للمحرم وفيه نظر لان المذهب ان جهتي الجواز
والفساد اذا اجتمعا اعتبر جهة الصحة لا الفساد تحريا للجواز تصحيحا لتصرف المسلم
على ما سياتي امثاله ثم انما لا يسري الفساد الى الغير وهو مشكل على مذهب ابي ح
لان مذهبه ان البيع اذا فسد بعضه فسد كله لوجوه احدها ان الفساد فيما بعت
اولا ضعيف لاختلاف العلماء فيه لان الشافعي يجوز شراء ما باع باقل مما باع على ما ذكرنا
واذا ضعف لا يسري الى الغير كما اذا اشترى عبدين فاذا احدهما مدبر لا يفسد في الاخر
لذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد حيث يسري الفساد الى العبد لقوته واعترض عليه
بوجهين احدهما ان خلاف الشافعي كان بعد وضع المسئلة فكيف يوضع المسئلة
بناء على شيء لم يقع بعد والجواب عنه ان وضع المسئلة على الخلاف المتاخر بل على كونها
مجتهدا فيها وان كان الخلاف بعد الاجتهاد الاول وكونها مجتهدا فيها كاف في المقصود
اعني اثبات الضعف في الفساد والثاني ان ابا ح ابطل اسلام القوهية في القوهية
والمروية مع ان فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه فانه لو اسلم قوهيا في قوهي
جاز عند الشافعي ومع ذلك تعدى فساد ذلك العقد الى المقرون به وهو المروي
واجيب عنه بوجهين احدهما ان السلم مبناه على المضايقة فلذلك اعتبر فيه شروط
لم يعتبر في مطلق البيع فناسبه السراية بخلاف ما نحن فيه والثاني ان الفساد في
الردي ليس بطريق تعدي الفساد من القوهية اليه بل باعتبار ان اعلام راس
المال شرط عند ابي ح والسلم فيه في ذلك مختلف فكان فساد السلم في كل واحد
منهما بجهالة ما يخص كل واحد منهما من راس المال والثاني ان الفساد فيما باع ثم اشتراه
باعتبار شبهة الربوا فلو اعتبرناها فيما ضم اليه كان ذلك شبهة الشبهة وهي غير
معتبرة في باب الربوا وانما المعتبر فيه هو الشبهة والثالث ان الفساد طار لانه
قابل الثمن بالجاريتين وهي مقابلة صحيحة اذ لم يشترط فيها ان يكون بازاء ما باع اقل
من الثمن الاول لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتها فصار البعض بازاء ما باع والبعض
بازاء ما لم يبع ففسد البيع فيما باع وان كان طاريا فلا يتعدى الى الغير لان الطارئ
ضعيف ولا شراء زيت على ان يزنه بظرفه ويطرح عنه لكل ظرف مقدار معلين
خمسة ارطال مثلا لانه شرط لا يقتضيه العقد فيفسد لان مقتضى العقد ان يطرح

عنه وزن الظرف ما يوجد لا قدر معين لجواز ان يزيد عليه او ينقص عنه وان شرط
طرح مثل وزن الظرف يصح لكونه شرطا يقتضيه العقد هذه من مسائل الجامع الصغير صورها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي ح في رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو الف رطل على ان
يزنه بظروفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد وان كان قال
على ان يطرح عنه مثل وزن الظرف فهو جائز لانه شرط يقتضيه العقد وهو شرط
ان يعرف قدر المبيع من غيره ليختص بالثمن بخلاف قوله على ان يزنه فيطرح عنه لكل
ظرف عشرة ارطال او خمسين فان البيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
نفع لاحد العاقدين فان زنة الظرف قد يكون اقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك
الثمن عن بعض المبيع وهو نفع للمشتري وقد يكون اكثر منها فيكون البيع بشرط اعطاء
ثمن لا في مقابلة مبيع وفيه نفع للبائع وذكر في اول فصل ما يجوز بيعه وما لا يجوز
من الخلاصة نقلا عن الفتاوى رجل اشترى قطنا بوزن معلوم بثمن معلوم يحط من
الثمن حصة الورام وفي فتاوى قاضيخان رجل باع قطنا بوزن معلوم واراد
المشتري ان يذهب منه الورام ولا يعطي للورام ثمنا قال بناء الامر في هذا على ما هو
رسم البلد في مثله فان كان في رسمهم للقطن ورام يحط عن المشتري من الثمن.
يقدر ذلك انتهى المراد بالورام هو الظرف وهو لفظ فارسية على ما في المغرب وهذا
بناء على ان المعروف بين التجار كالمشروط كما في القنية وان اختلفا في الظرف وقدره
فالقول للمشتري صوره في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي ح في رجل اشترى
من رجل السمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم فوزن له السمن والزق فبلغ مائة
رطل وقبضه المشتري ثم جاء فقال وجدت السمن ستين رطلا والزق هذا وزنه
عشرة ارطال وقال البائع الزق غير هذا ووزنه خمسة ارطال والسمن خمسة وستون
رطلا قال هذا جائز والقول قول المشتري في السمن وفي الزق الى هنا لفظ محمد في الجامع
الصغير وقال في الاصل فالقول قول المشتري مع يمينه وعلى البائع البينة وانما كان
القول قول المشتري مع يمينه اذا لم يتم البائع البينة لان البائع ادعى عليه زق اخر
وهذا ينكر او ادعى عليه زيادة الثمن وهو ينكر ايضا فالقول قول المنكر مع اليمين
او نقول القول قول المشتري مع يمينه لانه هو القابض والقول قول القابض في

نعيين ما قبض ضمينا كان او امينا كالغاصب والمودع فان القول قول كل واحد منها في الحد
اذا جاء يرده لان ذلك منه مستفاد فكذا هنا واستشكل بمسئلتين احديهما ما اذا باع
عبدين وقبضهما المشتري ومات احدهما عنده وجاء بالاخر يرده بعيب فاختلفا
في قيمة الميت فالقول للبائع على ما صرحوا في باب التحالف والثانية ان الاختلاف في
الثمن يوجب التحالف وهنا جعل القول للمشتري مع يمينه على تقدير اعتباره اختلافا في
الثمن اجيب عن الاول بانها مع هذه مطردة فان كون القول للمشتري انما هو لانكاره الزيادة
وهناك انما كان القول للبائع لانكاره الزيادة ايضا وعن الثانية بان التحالف على خلاف
القياس فيها عند وورود الاختلاف في الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما
في الزق المقبوض اهو هذا او لا فلا يوجب التحالف ولو امر مسلم ذميا ببيع خمر او خنزير او ذلك
بان يكون كافرا فيسلم عليها ويموت قبل ان يزوله وارث مسلم فيرثهما فيوكل كافرا
ببيعها او شرائها يصح عند ابي ح فيدخل ثمن ما باع ذلك الذمي من الخمر والخنزير في ملك
المسلم الموكل وكذا يدخل ما شراه ذلك الذمي من الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل ويؤمر
الموكل بالتصدق بالثمن لتمكن الخبث فيه لقوله عم الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها
وبتخليل الخمر او اراقتها وبتسييب الخنزير في صورة الاشتراء وذلك لانه انما منع عن الانتفاع
بعينها فيتصرف فيها على وجه يتوصل به الى الانتفاع بعينها ان اراد به وذلك بالتخليل
في الخمر ولا يمكن ذلك في الخنزير فيتصرف فيه بازالة عينها فقط ويلزم عليه دفع ثمنها الى
وكيله بالشراء لانتقال الملك اليه من جهته خلافا لهما وهو قول مالك والشافعي واحمد
ايضا وحاصل الوجه من جانبهم اثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل ومن جانب الامام
ابي ح عدم المانع بالقدح في مانعية ما جعلوه مانعا فيبقى الجواز على الاصل لهما ان
الموكل لا يملك بنفسه ذلك العقد فلا يملك توليته غيره لان الغير يستفيد الولاية و
التصرف من جهته ولم يوجد فيه ذلك التصرف فكيف يستفيد وكيله منه كتوكيل
المسلم مجوسيا تزويج مجوسية فانه لا يصح بالاتفاق ولان ما ثبت للوكيل من الملك
ينتقل الى موكله فصار كانه باشره بنفسه فلا يصح ولابي ح ان المعتبر في هذا الباب
اهليتان اهلية الوكيل وهي اهلية التصرف في المامور به والذمي اهل لذلك والثانية
اهلية الموكل وهي اهلية ثبوت الملك له جبرا من جهة وكيله وللموكل ذلك حكما للعقد

لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم الا ترى الى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم ارثا اذا اسلم
مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير واذا ثبتت الاهليتان لم يمتنع العقد بسبب الاسلام
لعدم المانع لان الاسلام جالب الاسباب وقولهم ان الموكل لا يلي هذا التصرف فكذا وكيله
منقوض بمسائل منها ان الوكيل بشراء عبد بعينه لا يملك شراءه لنفسه ويملك التوكيل
بشرائه لنفسه حتى لو شراه وكيله له ملكه هو اي الوكيل الاول ومنها ان القاضي لا يملك
بيع خمر وخنزير خلفه ذمي ورجع امره الى القاضي ويملك توكيله بذمي لاجل بيعها ومنها ان
ان الوصي المسلم لذمي لا يملك بيع خمره وخنزيره ويملك التوكيل بذمي لاجل بيعه ومنها ان المريض
مرض الموت لا يملك البيع بما يتغابن بمثله اذا كان عليه ديون مستغرقة ويجوز من وصيه
بعد موته اعترض عليه بانه ان قلت ان تملك المسلم الخمر والخنزير ثبت شرعا جبرا عن سبب
جبري كالموت سلمناه وان قلت انه يثبت له بسبب اختياري منعناه وهنا كذلك
اذ التوكيل اختياري والملك مرتب عليه اذ لا وجود في الشرع بدون التوكيل اجيب بانا
نختار الثاني ونمنع ان التوكيل سبب للملك بل الشراء والشراء انما هو اختياري للوكيل
لا الموكل ثم يثبت له الملك جبرا ثم قياسهم على تزوج المجوسي فاسد لان حقوق العقد



في النكاح يرجع الى الموكل والوكيل سفير محض بخلاف البيع فان حقوق العقد فيه ترجع
الى الوكيل حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب ويرد عليه ولكن هذه الوكالة وان كانت
صحيحة عنده مكروهة كراهة تحريم حتى امر بتخليل الخمر او اراقته وبتسييب الخنزير
فعلى هذا يرد عليه انه اذا لم يترتب الفائدة على هذه الوكالة فاي فائدة في صحتها وكذا
الخلاف لو امر المحرم غيره اي حلالا ببيع صيده اي يصح عنده لا عندهما لما ذكرناه
من وجهي الطرفين من ان الموكل لا يملك هذا التصرف فلا يملك وكيله ايضا عندهما
وقال ابو ح المعتبر في هذا الباب اهليتان الخ ما ذكرناه ولو شرى كافر عبدا مسلما
او مصحفا صح الشراء لوجود الاهلية والمحل واجبر على اخراجها عن ملكه حذرا عن ذل
المسلم واستخفاف المصحف ثم شرع في بيان الفساد بسبب الشرط وذلك ينقسم
الى ما يقتضيه العقد والى ما لا يقتضيه والثاني ينقسم الى اقسام يصح البيع في كلها
الا واحدا منها على ما سنذكره فاشار الى الاول بقوله والبيع بشرط يقتضيه العقد
معناه على ما في الخلاصة انه يجب بالعقد من غير شرط على ما سيظهر من التمثيل صحيح

لانه

لانه لما وجب بالعقد من غير اشتراط صار كان البيع مطلقا عن شرط فلم يكن من مشمولات
المنهي عنه وهو بيع وشرط لان النبي عم انما نهى عن بيع وشرط كشرط الملك للمشتري
وكشرط تسليم المبيع او الثمن وهذا الشرط لا يفيد الا وكادة في العقد لان كلا من الملك
والتسليم قد وجب بالعقد من غير شرط والشرط يؤكده وكذا اي صحيح بشرط لا يقتضيه
العقد اي بالتفسير الذي ذكرناه واعلم ان الشرط الذي لا يقتضيه العقد اما ان يكون
ملائما للعقد بان يؤكد موجب العقد ويزيده وكادة كشرط ان يعطي المشتري كفيلا
بالثمن والكفيل معلوم حاضر فقبل او غائب فحضر قبل ان يتفرقا وكفل وكشرط ان
يعطي الرهن بالثمن والرهن معلوم بالاشارة او بالتسمية حتى لو لم يكن الكفيل حاضرا
وقبل او غائبا فحضر قبل التفرق ولا الرهن معلوما بالاشارة او التسمية لم يجز
بالاتفاق على ما صرح به في فتح القدير واما ان لا يكون ملائما وهو لا يخلو من ان
ورد الشرع بجوازه كشرط التاجيل في الثمن والخيار او لم يرد الشرع بجوازه وهو
لا يخلو من ان يكون متعارفا كما اذا اشترى نعلا وشراكا بشرط ان يحذوه البائع
او لم يكن متعارفا وهو لا يخلو من ان لا يكون فيه منفعة لاحد العاقدين ولا للمعقود عليه
او يكون فيه منفعة لاحد العاقدين او المعقود عليه فالبيع جائز في هذه الاقسام
الا في القسم الاخير اعني ما يكون فيه منفعة لاحد العاقدين او المعقود عليه فانه
لا يجوز فيه بالاتفاق والا في القسم الثالث اعني ما يكون متعارفا فانه غير جائز
في رواية عن محمد على ما في الخلاصة وكلام المص شامل لجميع هذه الاقسام
سوى الاخير الا ان عطف قوله ولا نفع فيه لاحد العاقدين يخصصه بصورة واحدة
اعني القسم الرابع من الاقسام الذي ذكرناه ثم الاولى ان يقول ولا نفع فيه لاحد العاقدين
ولا للمعقود عليه ليطابق المثال بالتمثيل تامل كشرط ان لا يبيع او لا يهب الدابة المبيعة
اذ لا نفع فيه لاحد العاقدين وهو ظاهر ولا للمعقود عليه لانه ليس من اهل
الاستحقاق فلا يفسد به العقد لكنه لغو لعدم الفائدة وعن ابي يوسف
يفسد البيع به لتضرر المشتري به من حيث انه يتعذر عليه التصرف في ملكه لو عمل
بموجب الشرط والجواب انه لا مطالب له في هذا الشرط فلا يتضرر به وفي
الخلاصة لو شرطا شرطا فيه ضرر نحو ان شرط ان يقرض البائع اجنبيا الف درهم

لا يفسد العقد وذكر القدوري انه يفسد ولو اشترى ثوبا على ان لا يبيعه ابدا ذكر في المزارعة
ما يدل على انه لا يفسد العقد ولو شرط شرطا ليس فيه منفعة ولا مضرة نحو ان اشترى
طعاما بشرط ان ياكله او ثوبا بشرط ان يلبسه جاز على ما روي عن ابي يوسف ولو اشترى
عبدا على ان يبيعه جاز ولو على ان يبيعه من فلان لا يجوز لان له طالبا وفي المنتقى
قال محمد كل شيء يشترط على البايع وهو يفسد العقد فاذا شرطه على الاجنبي فالشرط
باطل كما اذا اشترى دابة على ان يهب هو له عشرين درهما او قال على ان يهب فلان
عشرين درهما وكل شيء يشترط على البايع ولا يفسد البيع فاذا شرطه على الاجنبي
فالشرط جائز ويكون له الخيار وهل يبطل البيع بالشرط الباطل قالوا انه يبطل
على ما سياتي بيانه قبيل كتاب الصرف والجملة ههنا ان البيع بالشرط ثلاثة انواع
نوع البيع والشرط جائزان وهو كل شرط يقتضيه العقد ويلايمه ونوع كلاهما فاسدان
وهو كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه وفيه منفعة لاحد العاقدين او للمعقود عليه
ونوع البيع جائز والشرط باطل وهو كل شرط لا يقتضيه العقد وفيه مضرة لاحدهما
او ليس فيه منفعة ولا مضرة لاحد وفيه منفعة لغير المتعاقدين والمبيع كشرط
ان لا يبيع المبيع ولا يهبه ولا يلبس الثوب ولا يركب الدابة ولا ياكل الطعام ولا يطا
الجارية وعلى ان يقرض اجنبيا درهما ويجوز ذلك فانه يجوز البيع ويبطل الشرط ولو
شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد العاقدين او المبيع يستحق النفع المشروط
وذلك بان يكون المبيع من اهل الاستحقاق بان يكون المبيع رقيقا لان الحيوانات
ليست من اهل الاستحقاق وهو اي البيع فاسد اما في الاول فلان فيه زيادة عارية
عن العوض لانها لما قصد المقابلة بين المبيع والثمن خلا الشرط عن العوض وهو
ربوا لان الشرط ما لحكما لمخذ العوض عنه ولان فيه يقع المنازعة فيعري العقد
عما قصد منه وهو قطع النزاع واما في الثاني فلان العقد كما لا يتم بدون العاقدين
كذلك لا يتم بدون المعقود عليه فاشتراط منفعته كاشتراط منفعتهما فكان
فاسدا بما ذكرناه من الوجهين ثم شرع في ذكر مثالهما فقدم مثال الثاني فقال كبيع
عبد على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها او ان لا يبيعه
المشتري او لا يهبه او لا يتصدق به او ان يتخذها المشتري ام ولد له كان البيع فاسدا
في

في الكل لما ذكرناه وقال ابن ابي ليلى البيع جائز والشرط فاسد وقال ابن شبرمة يجوز البيع
والشرط والحجة عليهما ما ذكرناه فلو اعتقها المشتري ايفاء بالشرط عاد البيع صحيحا فيلزم
الثمن عند ابي حنيفة وعندهما لا يعود فيلزم القيمة لانه وقع فاسدا فلا ينقلب صحيحا كما اذا اتلفه
بوجه من القتل والموت والبيع وكما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة وقد
وفى المشتري الشرط او لم يف فانه مضمون بالقيمة الا ان كان البايع ابراه عن العبد
قبل تلفه بوجه من الوجوه المذكورة فانه لا يلزمه شيء لانه اخرج الكلام عن كونه
مضمونا بخلاف ما لو ابراه عن قيمة العبد ثم تلف العبد بوجه من الوجوه المذكورة فانه
يلزمه قيمته فان الابراء عن القيمة حال قيام العبد لا يصح لان الواجب لدفع الفساد
رد العين القائم وبعد الهلاك يصار الى القيمة فان قيام العين لا حكم للقيمة فلا يصح
الابراء عنها على ما صرح به في البزازية في نوع بيع الشيء بالشيء من كتاب البيع وله ان
شرط العتق من حيث ذاته لا يلايم العقد لان مقتضاه الاطلاق في التصرف ومقتضى
الشرط الالزام ولكن لا يلايمه من حيث الحكم لانه منه للملك والمنهي للشيء مقرر له فبالنظر
الى الجهتين توقفت الحال بين بقائه فاسدا وبين ان ينقلب جائزا لوجود الشرط
فاذا وجد فقد تحققت الملايمة فرجح الجواز عملا بالدليلين فان قيل ان هذا الشرط
في نفسه اما فاسد او لا فان كان الاول فتحقيقه يقرر الفساد لئلا يلزم فساد
الوضع وان كان الثاني كان العقد صحيحا ابتداء قلنا انه فاسد ذاتا وصورة لعدم
الملايمة جائز حكما فقلنا بالفساد ابتداء عملا بالذات والصورة وبالجواز عند الوفاء
به عملا بالحكم ولم يعكس لانا لم نجد جائزا ينقلب فاسدا ووجدنا عكسه كالبيع بالرقم
بخلاف ما اذا اتلفه بوجه اخر فانه لم ينقلب جائزا لعدم تحقق الشرط والكلام فيه
فتقرر الفساد وبخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة فان الملك لا ينتهي بها لبقاء
احتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر وام الولد والمكاتب مخير في الاجازة ولانها
انما يتحقق اذا وقع الامن عن الزوال عن ملك المشتري الى غيره كما في الاعتاق والموت
هذا في اعتاق المشتري بعد قبضه ولو اعتقها قبل قبضه لها لم يقع العتق عنه لعدم
تملكه قبل القبض لفساد البيع يتوقف على اذن البايع فان اجاز البايع اعتاقه وقع العتق
عن البايع ولو امر المشتري البايع باعتاق العبد الذي اشتراه منه شراء فاسدا قبل قبضه

فنفعل البايع ذلك وقع عن البايع على ما ذكره القاضي الامام وذكر ظهير الدين انه يقع عن
المشتري وصار قابضا والولاء للمشتري وقال في البزازية هذا اما ان يحمل على اختلاف
الروايتين او يكون احدهما غلطا من الكاتب ثم قال المص رد ابه كلام القاضي ثم شرع في
مثال ما فيه منفعة لاحد العاقدين وقال وكشرط ان يستخدمه البايع شهرا او يسكنها
اي في الدار المبيعة وهذا لان الخدمة والسكنى لو يقابلها شيء من الثمن يكون اجارة في بيع
وان لا يكون اعارة في بيع فيكون صفقتين في صفقة وقد نهى النبي عم عن صفقتين
في صفقة او لا يسلمه الى راس الشهر لان الاجل في المبيع العين باطل لكونه تحصيل الحاصل
فيكون شرطا فاسدا او يقرضه المشتري درهما لان النبي عم نهى عن بيع وسلف بخلاف ما
اذا قال بعتك هذه الدار على ان يقرضني فلان الف درهم فقبله المشتري فان هذا البيع صحيح
لانها لم يلزم الاجنبي لاضمانا عن المشتري لانها ليست في ذمة الاجنبي فتحملها الكفيل عن
المشتري ولا زيادة في الثمن لان المشتري لم يقل علي اني ضامن او يهدي له هدية هذه كلها
مثال ما فيه منفعة للبايع ثم شرع في مثال ما فيه منفعة للمشتري فقال او يقطع البايع
الثوب ويخيطه قباء او قميصا او يحذو النعل او يشركه من الشريك يقال حذا
نعلا وعلها وشرك النعل وضعت عليها الشراك ويصح البيع في النعل استحسانا لان
بيع النعل بشرط التشريك متعارف والعرف قاض على القياس وفي الخلاصة اذا اشترى
نعلا وشراكا على ان يحذوه البايع جاز واعلم ان الظ من هذه الامثلة مقارنة الشرط
بالعقد وهل يجوز الحاقه به بعد انعقاده ففي الخلاصة لو الحقا بالبيع شرطا فاسدا
يلتحق عند ابي ح وان كان الالحاق بعد الافتراق عن المجلس كما لو باع فضة بفضة وتقابضا
وتفرقا ثم زاد احدهما شيئا او حط عنه وقبله الاخر فالبيع فاسد عند ابي ح وعند
ابي يوسف البيع صحيح وبطل الزيادة والحط وقال محمد الزيادة باطلة والحط جائز بمنزلة
الهبة المستقبلة ثم اعلم ان التفصيل المذكور ههنا في الشرط انما هو اذا علق بكلمة على
لانه اذا علق بكلمة ان فالبيع يفسد في جميع الوجوه على ما صرح به في البحر وقال في
الخلاصة نقلا عن المنتقى في البيع بالشرط اذا باع بكلمة على فعلى ما ذكرنا من التفصيل
اما اذا قال بعت ان كان كذا فالبيع باطل سواء كان الشرط نافعا لاحدهما او المعقود عليه
او لم يكن نافعا بل يكون ضارا الا في صورة وهي ما اذا قال بعت ان رضي به فلان او الى

قال الحاكم الشهيد ابو الفضل اذا وقت ثلاثة ايام يعني الخيار انتهى ما في الخلاصة وهل لفظ
بشرط كذا بمنزلة كلمة ان او بمنزلة كلمة على ففي البحر والظ من كلامهم انه بمنزلة كلمة على وهو
الظ من كلام المص ايضا فانه عطف قوله وكشرط ان يستخدمه اه على قوله ان يعتقه
ووجه الفرق بين على وان ان تعليق التمليكات بالخطر لا يجوز لانه يشبه القمار
والبيع وكذا الهبة والصدقة والابراء عن الدين من باب التمليك فلا يجوز تعليقها
على شرط بكلمة ان لانه للخطر اشترى ارضا على ان خراجها على البايع فالبيع فاسد
ولو شرط البعض على البايع ان شرط عليه شيئا من خراج الاصل فكذلك فاسد
وان شرط عليه شيئا زائدا على خراج الاصل جاز البيع لانه شرط ان لا يجب على
المشتري تحمل الظلم كذا في قاضيخان والخلاصة والبزازية فظهر منه ان كل شرط
فيه دفع الظلم على المشتري ليس من قبيل اشتراط ما فيه نفع للمشتري بل من قبيل
اشتراط ما يقتضيه العقد لان مقتضى العقد دفع المنازعة والخصومة والظلم
ولو اشترى ارضا على ان خراجها ثلاثة دراهم ثم ظهر انه اربعة او قال اربعة ثم ظهر
انه ثلاثة فان علم المشتري ذلك فالبيع فاسد لانه باع بشرط ان لا يجب على المشتري
خراج ارض اخرى معنى وان لم يعلم المشتري ذلك فالبيع جائز والمشتري بالخيار
ان شاء قبلها بخراجها كلها وان شاء ترك ولو اشترى الارض الخراجية بغير الخراج
او ارضا بغير خراج اشتراها مع الخراج بان كان للبايع ارض خراجية وضع خراجها
على هذه الارض وباعها وعلم المشتري فالبيع فاسد هذا اذا كانت الارض خراجية
في الاصل فاشتراها بغير الخراج واما اذا لم يكن خراجية في الاصل ثم يوضع عليها
الخراج ظلما فالبيع جائز ولو اشترى ارضا على انها حرة من النوائب الديوانية وهي ليست
بحرة عنها قال ظهير الدين البيع الفاسد كالخراج فانه اذا باع ارضا على انها غير خراجية
وهي خراجية فسد البيع وقال القاضي الامام فخر الدين خان لا يفسد البيع ولكنه
يخير بين الرد والامضاء وعلى هذا اذا اشترى على ان قانونه كذا فاذا هو اكثر ولو باع
بشرط ان لا يؤخذ منه الجباية فالبيع فاسد ولو اشترى على ان الجباية الاولى
على البايع واتفقا على ذلك جاز البيع كذا في الخلاصة وقال في الخزانة رجل اشترى
ارضا فقال المشتري الجباية الاولى على البايع فباع على انه ليس على البايع وهو اشترى

بهذا الشرط افتى القاضي الامام بجواز البيع لانه باع على ان لا مؤنة على البايع وهذا موجب
العقد ومقتضاه وههنا شروط تتعلق بالثمن باع شيئا على انه بالنقد بكذا وبالنسيئة
بكذا او الى شهر بكذا وشهرين بكذا فسد البيع ولو اشترى ثوبا بعشرة على ان البايع ان
رد الثمن الى المشتري الى ثلاثة ايام لا بيع بينهما صح البيع استحسانا كما اذا اشترى على انه
ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام لا بيع بينهما بخلاف ما لو قال الى اربعة ايام فصاعدا
حيث لا يصح البيع ولو قال بعت منك هذا على ان اهب لك كذا لا يجوز ولو قال على
ان احط من ثمنه كذا جاز لان حط الثمن يلتحق باصل العقد بخلاف الهبة ولو قال
بصيغة الماضي على ان حططت او على ان وهبت لك جاز لان الهبة قبل القبض باطل
فيكون حطا فيكون البيع بما وراء المحطوط ولو باع شيئا على ان يدفع اليه المبيع قبل
ان يدفع هو الثمن فالبيع فاسد فاختلفوا في العلة قال ابو يوسف لان العقد
لا يوجب تسليم المبيع قبل نقد الثمن اذا لم يكن الثمن مؤجلا فكان شرطا لا يقتضيه العقد
وفيه منفعة للمشتري وقال محمد لانه تضمن اجلا مجهولا حتى لو سمى الوقت الذي يسلم
فيه المبيع جاز البيع ولا يجوز بيع امة الا حملها لان كل ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح
استثناؤه منه والحمل كذلك لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وكذا
الكتابة والاجارة والرهن تفسد به فلا يجوز الاستثناء فيها ايضا لانها مما يفسد
بالشروط الفاسدة الا ان الكتابة انما تفسد بالشروط الفاسدة اذا كان الفساد
في صلب العقد ككتابة على الخمر والخنزير او على قيمته بخلاف ما اذا لم يكن في صلب
العقد كما اذا شرط على المكاتب ان لا يخرج من الكوفة فان العقد صحيح الحاقا لها بالهبة
والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانها لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل
الاستثناء نفسه لان هذه العقود مما لا يبطل بالشروط الفاسدة لانها تبرعات
فلا يتحقق فيها الربوا وهو المناط واما الوصية فانها وان لم تفسد بالشروط الفاسدة
لكن يصح الاستثناء فيها حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث
والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري في
الخدمة كذا في الهداية وانما ذكر استثناء الحمل مع الشروط لانه لما كان غير صحيح صار
شرطا فاسدا ولا يجوز بيع الام بعد ما اعتق الحمل ويجوز ههنا بعد تدبير الحمل على الاصح

كذا

كذا في بيوع الاشباه نقلا عن فتح القدير ولا البيع الى النيروز معرب نوروز وهو اول يوم
من الربيع والمهرجان هو يوم في طرف الخريف وصوم النصارى وفطر اليهود اي
تاجيل الثمن الى هذه الاوقات ان لم يعلم العاقدان ذلك الوقت لان جهالة الاجل مفضية
الى النزاع المنافي لموجب العقد فيكون فاسدا وان علما ذلك الوقت او كان التاجيل
الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لعدم الجهالة المفضية الى النزاع
واعلم ان التاجيل ثلاثة اضرب تاجيل بايام او شهور او سنين معلومة وانه صحيح
اذا قبل المطلوب والا فلا والمال حال وتاجيل الى اجل مجهول جهالة متقاربة كالحصاد
والدياس والجزاز والنيروز والمهرجان ونحوها فيصح التاجيل وان كان البيع بهذه
الاجال فاسدا لكن التاجيل في الثمن الى هذه الاجال جائز وتاجيل مجهول جهالة فاحشة
كالاجل الى مهب الريح او مطر السماء او قدوم الحاج او قدوم شريكه من سفره ونحوها
فالاجل باطل والمال حال كذا في القنية ولا البيع الى الحصاد اي قطع الزرع والدياس
وهو ان يوطئ المحصود بقوائم الدواب وقدوم الحاج والكل للجهالة ايضا ويصح الكفالة
الى هذه الاوقات لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة الا ترى انها تحتمل الجهالة
في اصل الدين بان يكفل بما وجب على فلان ففي وصفه اولى وهذه الجهالة يسيرة
لاختلاف الصحابة فيها فان عائشة رض اجازت البيع الى العطاء ومنعه ابن عباس
واخذنا بقوله فان اسقط الاجل الى هذه الاوقات قبل حلوله صح خلافا لزفر
لانه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا قلنا الفساد للمنازعة وهي انما تتحقق عند حلول
الاجل فاذا اسقط ارتفع المفسد قبل تقرره فيعود جائزا فان قيل الفساد قد ثبت
ابتداء فلا يفيد اسقاطه كما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقطا الدرهم الزائد
قلنا الفساد فيما نحن فيه في شرط زائد وهو الاجل لا في صلب العقد وهو البدل
فيمكن اسقاطه بخلاف ما ذكر فان الفساد فيه في صلب العقد فان قيل اذا نكح بغير
شهود ثم اشهد لا ينقلب جائزا مع ان الفساد في شرط زائد لا في صلب العقد قلنا
نعم الا ان الشرط هنا قوي بمنزلة ما كان في صلب العقد وكذا اذا باع الى ان تهب الريح
ثم اسقط الاجل قبل ان تهب لا ينقلب جائزا لان هبوب الريح ليس باجل لان الاجل
ما يكون منتظرا والهبوب ليس كذلك بل قد يكون متصلا بكلامه فكان الفساد

في صلب العقد وكذا اي صح لو باع مطلقا عن الاجل ثم اجل من التاجيل الى هذه الاوقات
لانه من تاجيل الدين وهذه الجهالة متحملة فيه كما في الكفالة ومن باع نصيبه من دار
مشتركة بين اثنين فصاعدا ارثا او شراء يجوز ان علمه المتعاقدان عند ابي ح خلافا لابي يوسف
ويكفي علم المشتري عند محمد قال في العمادي نقلا عن الصغرى رجل قال لاخر بعت منك
نصيبي من هذه بكذا وعلم المشتري نصيبه ولم يعلم البايع جاز البيع بعد ان نفر البايع
انه كما قال المشتري وان لم يعلم المشتري قال ابو ح لا يجوز علم البايع او لم يعلم وهو قول
محمد وقال ابو يوسف يجوز علم البايع او لم يعلم في رواية عصام وفي شرح الكافي
ذكر قول محمد مع ابي يوسف وقال في عيون المختلف لابي نصر قال ابو ح ومحمد رجل
قال لاخر بعت من نصيبي من هذه الدار منك ولم يعلم المشتري كم نصيبه منها فان البيع
فاسد علم البايع او لم يعلم وقال ابو يوسف البيع جائز وللمشتري الخيار اذا علم واجمعوا ان
المشتري اذا كان يعلم مقدار نصيب البايع جاز البيع علم البايع او لم يعلم انتهى كلام العمادي
وهكذا في الفصولين وقاضيخان فعلم منه ان علم المتعاقدين ليس بشرط عندهم ولا كفاية
علم المشتري مختصا بمحمد بل هو اجماعي وان خلاف ابي يوسف ليس على ما ظهر من كلامه
وهو عدم الجواز لان البيع جائز عنده علم المتعاقدان او لم يعلما لكن للمشتري خيار وان علم
كما ترى ويمكن ان يقال قوله خلافا لابي يوسف مصروف الى قوله ان علمه المتعاقدان
لا الى قوله يجوز بخلاف ما لو باع احد الورثة بيتا من دار يشتمل على بيوت متعددة
قبل التقسيم فانه لا يجوز كما في قاضيخان وهذا لانه بيع شيء معين من التركة لا بيع
حصة فلا يجوز واعلم ان هذه من فروع مسائل الشيوع ذكره في اخر هذا الباب
ولنذكر بعض ما يتعلق بها فالشايع ينقسم الى قسمين شايع يحتمل القسمة كنصف
الدار ونصف البيت الكبير وشايع لا يحتمل القسمة كنصف العبد ونصف الرحى او الحمام
ونصف الثوب ونصف الشجر القائم ونصف البيت الصغير فكان بيع الشايع على قسمين
بيع ما يحتمل القسمة وبيع ما لا يحتملها وكل قسم على وجهين اما ان باع من اجنبي او من
شريكه فالوجه الاول وهو البيع من اجنبي على صنفين اما ان كان الكل له فباع النصف
او كان بين اثنين فباع احدهما نصيبه فالبيع جائز في المواضع كلها اي ما يحتمل القسمة
وما لا يحتملها ومن اجنبي او من شريكه وما كان الكل له او بين اثنين على ما ذكره الصدر

الشهيد

الشهيد وذكر في الفتاوى مشجرة بين قوم باع احدهم نصيبه مشاعا والاشجار قد انتهت
اوان القطع حتى لا يضرها القطع جاز الشراء وللمشتري ان يقطع لا تدليس في القسمة
ضرر وفي النوازل رجل باع نصيبا له من المشجرة بغير اذن شريكه بغير ارض ان كانت
الاشجار بلغت اوان القطع جاز البيع لانه لا يتضرر المشتري بالقسمة وان لم تبلغ اوان
القطع فالبيع فاسد لانه يتضرر بالقسمة وعلى هذا الزرع اذا كان بين اثنين باع احدهما
نصيبه من انسان فهو على هذين الوجهين ففرقا بين ما يقبل القسمة وبين ما لا يقبلها
على خلاف ما ذكره الصدر الشهيد وفي الفتاوى مشجرة بين ثلاثة باع احدهم نصيبه
من احد صاحبيه لا يجوز ولو باع منهما جاز وذلك لانه يتضرر صاحبه الاخر في الاول
دون الثاني وفي الواقعات نخل بين الشريكين وعليها ثمر وارض بين اثنين وفيها
زرع فباع احد الشريكين نصيبه من النخل والثمر ومن الارض والزرع ينبغي ان
يجوز لان المشتري لا يجبر على القطع لانه قام مقام البايع في النخل والثمر والارض
والزرع جميعا ولو كانت دار بين رجلين باع احدهما بناءها من رجل اخر لم يجز بيعه
لانه لا يخلو اما ان باعه بشرط الترك او بشرط القلع والهدم اما الاول فلا يجوز
لان فيه شرط منفعة للمشتري سوى البيع فصار بمنزلة شرط اجارة في بيع ولا يجوز
بشرط الهدم والقلع لان فيه ضررا بالشريك الذي لم يبع وكذلك لو ادعى رجل على
احدهما شيئا فصالحه على نصف هذا البناء او على نصف هذا الزرع المشترك لا يجوز
وفي اجناس الناطفي اذا اشترى نصيب احد الشريكين من البناء دون الارض لم يجز
وفي الصغرى باع احدهما نصيبه من البناء من اجنبي بغير اذن شريكه لم يجز ولو
كانت الدار بين اثنين فباع احدهما بيتا معينا من رجل لا يجوز وكذا لو باع احدهما
نصيبه من بيت معين من الدار من اجنبي فللاخر ان يبطل البيع كذا في شرح الطحاوي
وقال الفقيه ابو جعفر رايت في الامالي دار بين رجلين باع احدهما منها
بيتا معينا جاز في نصفه عند ابي يوسف ورايت في المحيط وفي نوادر بشر
عن ابي يوسف رجلان بينهما دار فباع احدهما نصف بيت منها شايعا والبيت
معلوم فان اباه قال لا يجوز البيع لان فيه ضررا على شريكه في تقطيعه نصيبه
عليه عند القسمة ولو كان بينهما عشرة ثياب هروية ما يقسم باع احدهما

نصف ثوب بعينه من رجل قال ابو ح يجوز وكذلك الغنم وهذا لا يشبه الدار الواحدة
وقال ابو يوسف ينبغي ان يكون هذا والدار سواء في قوله ولو كان بينهما ارض ونخل
باع احدهما نصف نخلة معينة باصلها من رجل لم يجز في قول ابي ح كما في البيت ولو باع
احدهما نصف الارض واستثنى نصف النخل باصله فان هذا مثل ذلك في قول
ابي ح وكذلك لو باع نصف الدار شايعا الا بيتا معلوما منها لم يدخل في البيع وقال
ابو يوسف انا ارى كل هذا جائزا الا انقض بيعا من اجل قسمة لا ندري ايكون ام لا
وهل تدخل فيها ضرر من قبل هذا البيع ام لا وعن شرح الطحاوي احد الورثة اذا باع
شيئا من التركة ينظر ان باع نصيبه من كل شيء والمشتري يعلم نصيبه يجوز وان باع
شيئا معينا لا يجوز لانه يحتمل ان لا يقع هذا في نصيبه قالوا معنى قوله ولا يجوز انه لا يجوز
البيع في كل ذلك الشيء واما في نصيبه فيجوز وفي الصغرى مكيل او موزون بين
اثنين باع احدهما نصيبه من شريكه يجوز ومن الاجنبي لا يجوز وفيها ايضا ان
الشركة في المال اذا كانت بسبب الخلط باختيارهما او باختلاط من غير اختيار
لا يجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه ومن الاجنبي لا يجوز الا باذن شريكه
وان كانت الشركة بسبب الصدقة او الميراث او الهبة او الاستيلاد يجوز بيع احدهما
نصيبه من شريكه ومن الاجنبي بغير اذن شريكه ولا يملك التصرف في نصيب
شريكه الا باذنه وهكذا في شركة خواهر زاده الكل في العمادي والفصولين
وقال في الخلاصة في الفصل الثالث من البيوع ولو كان الزرع مشتركا بين اثنين
فباع احدهما نصيبه بغير اذن شريكه ان بلغ اوان الحصاد جاز والا فلا ولو باع
من شريكه جاز مطلقا وكذا لو باع نصيبه من الشجر على هذا ولو باع من غير شريكه
ولم يفسخ حتى ادرك الزرع جاز لزوال المانع كما لو باع الجذع في السقف ولم يفسخ
البيع حتى اخرجه من البناء جاز ولو كان الزرع والارض مشتركا فباع نصف الارض
مع نصف الزرع من شريكه او اجنبي بغير رضاء شريكه جاز ثم بيع نصف
الزرع بدون الارض انما لا يجوز في موضع كان لصاحب الزرع حق القرار
بان زرع في ملك نفسه اما اذا كان متعديا في الزراعة كالغاصب جاز بيع النصف
وكذا اذا باع نصف البناء بدون الارض ولو كان الكل له فباع الارض مع نصف الزرع

لا يجوز

لا يجوز هكذا ذكره ثم قال نقلا عن الصغرى ولو باع نصف الزرع بدون الارض ان باع
العامل من رب الارض جاز وعلى العكس لا يجوز ومما يتعلق بهذا الباب مسائل البيع
بالوفاء وسموه بعض الفقهاء بيع الامه الامانة وصورته ان يقول البايع للمشتري
بعت منك هذا العين بدين لك علي على اني متى قضيت الدين فهو لي او يقول البايع بعتك
هذا بكذا على اني متى دفعت لك الثمن تدفع العين الي واختلفوا فيه على تسعة اقوال
على ما ذكره الامام البزازي الاول انه رهن حقيقة واختاره صاحب المنظومة
في فتاواه فلا يملكه المشتري ولا ينتفع به الا باذن البايع ويضمن ما اكل من نزله
واتلف من شجره ويسقط الدين بهلاكه ولا يضمن ما زاد كالامانة ويسترد
عند قضاء الدين لان الاعتبار للاغراض المتعاقدين وهذا مختار السيد ابي شجاع
وابنه والامام علي السغدي والقاضي ابو الحسين الماتريدي والثاني انه بيع صحيح ذكر
الكشي عن علامة سمرقند انه قال اتفق مشايخ الزمان على صحة هذا البيع لانهما تلفظا
بلفظ البيع ولا عبرة بمجرد النية بلا لفظ واما ما يفعله البايع من التعمير واداء الخراج
في العرف المستمر فليس بطريق الجبر حتى يدل على بقاء ملكه بل بطريق الطوع والرضا
اذ لا يجبر عليه بالتعمير واداء الخراج كما لا يجبر على ترك الوفاء ويجعل البيع باتا ويكون
للمشتري حق المطالبة في الثمن فان انهدمت الدار المبيعة لا يجبر البايع على رد الثمن لانه
بمنزلة بيع جديد وقال الزيلعي والقنوي على انه بيع جائز مفيد لبعض احكامه من حل
الانتفاع الا انه لا يملك بيعه من الغير والثالث ما اختاره الامام قاضيخان في
فتاواه حيث قال والصحيح ان العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون
رهنا ثم ينظر ان ذكر الشرط للفسخ في البيع فسد البيع وان لم يذكرا ذلك في البيع
وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء او تلفظا بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة
عن بيع غير لازم فكذلك وان ذكر البيع من غير شرط ثم ذكر الشرط على وجه المواعدة
جاز البيع ويلزمه الوفاء بالوعد لان المواعيد قد تكون لازمة فيجعل لازمة هنا
لحاجة الناس انتهى والرابع ما قال في العدة واختاره الامام ظهير الدين انه بيع فاسد
فلو تبايعا ثم قال احدهما هذا بيع بالوفاء وقال الآخر نعم لا يفسد ولو شرطا الوفاء
في العقد فسد ولو شرطاه بعد العقد يلتحق بالعقد عند ابي ح وهل يشترط المجلس

للالتحاق ذكر الامام السرخسي وابو اليسر انه يشترط وفي الايضاح انه لا يشترط وهو
الصحيح على ما في البزازي ولو شرطا الوفاء ثم عقدا مطلقا ان لم يقرا بالبناء على الاول
فالعقد صحيح ولا عبرة بالسابق على ما ذكر في فوائد البرهان والخامس ما اختاره
ائمة خوارزم انه اذا اطلق البيع لكن وكل المشتري وكيلا بفسخ البيع اذا احضر البائع
الثمن او عهد على انه اذا اوفاه فسخ البيع والثمن لا يعادل المبيع وفيه غبن فاحش او وضع
المشتري على اصل المال ربحا بان وضع على مائة وعشرين دينارا فرهن وان كان بلا وضع
ربح بمثل الثمن او بغبن يسير فبيع بات والسادس ما اختاره الامام الزاهد ان الشرط
اذا لم يذكر في البيع كان بيعا صحيحا في حق المشتري حتى ملك الانزال ورهنا في حق البائع
فلم يملك المشتري بتحويل يده وملكه الى غيره واجبر على الرد اذا احضر الرد لانه كالزرافة
مركب من البيع والرهن والسابع انه غير صحيح واختاره صاحب الهداية واولاده وعلاء
الدين بدر ومشايخ زماننا وعليه الفتوى على ما في البزازية اعني لا يملك المشتري بيعه
من الغير كما في بيع المكره كالبيع الفاسد بعد القبض والثامن هو القول الجامع قاله بعض
المحققين وهو انه فاسد في حق بعض الاحكام حتى ملك كل منهما الفسخ وصحيح في حق بعض
الاحكام كحل الانزال ومنافع المبيع ورهن في حق البعض حتى لم يملك الشاري بيعه من اخر
ولا رهنه ولم يملك قطع الشجر ولا هدم البناء وسقط الدين بهلاكه ويقسم الثمن ان دخله
نقصان كما في الرهن والتاسع ما استقر عليه فتوى صاحب الهداية واولاده ومشايخ
الفهدان الملك يثبت للمشتري في زوائده فلا يضمنه بالاتلاف هذا مختصر ما في البزازية
وليطلب تفصيله منها **فصل** في احكام البيع الفاسد والباطل والمكره قبض المشتري
المبيع بيعا باطلا باذن بايعه لا يملكه مطلقا اي لا تصرفا ولا رقبة وهو امانة في يده
عند البعض وهو رواية الحسن عن الح ومضمون عليه عند البعض وهو رواية
ابن سماعة عن محمد واختاره الامام السرخسي لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض
على سوم الشراء بل اعلى منه لوجود صورة العقد هنا دون المقبوض على سوم الشراء
وفيه القيمة فكذا هنا وقيل قائله محمد بن سلمة البلخي الاول قول الامام والثاني قولهما
اخذا من الاختلاف فيما لو بيع مدبرا او ام ولد فمات في يد مشتريه حيث لا يضمن
عنده خلافا لهما وهو رواية عن الامام في رواية صاحب الهداية وقيل الروايتان

عن الامام في حق المدبر واما في حق ام الولد فاتفقت الروايات عنه انها لا تضمن بالبيع
والغصب اذ لا تقوم لماليتها ولو قبض المبيع بيعا فاسدا باذن بايعه صريحا او دلالة
كقبضه في مجلس عقده بحضرة البائع هذا مثال للاذن دلالة ولا بد له من القبض
بحضرة البائع بخلاف الاذن صريحا فانه يفيد الملك مطلقا سواء قبضه بحضرة
البائع او لا على ما في العناية وقال في الايضاح ان ما قبضه بغير اذن البائع صريحا
في الفاسد فهو كما لو لم يقبضه والصحيح ما في الكتاب لان البيع تسليط من البائع على القبض
فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق فيكتفى به كما في
القبض في الهبة وكل من عوضيه مال وانما اشترط ذلك لتحقق ركن البيع وهو مبادلة
المال بالمال فالبيع بما ليس بمال كالميتة والدم والحر والريح الذي تهب سواء جعل ثمنا
او مثمنا باطل لا يفيد الملك بالقبض وكذا البيع بنفي الثمن لا يفيد الملك لكونه باطلا
لعدم الركن ملكه باتفاق مشايخنا ان قبضه في المجلس حتى لو باع جارية بيعا
فاسدا فقال البائع بعدما قبضها المشتري هي حرة لا تعتق لان اعتاق البائع صادف
ملك المشتري فان قال مرة اخرى هي حرة عتقت لان الكلام الاول كان فسخا اذا كان
بمحضر من المشتري فاذا قال بعد ذلك هي حرة فالكلام الثاني صادفها بعدما عادت الى
ملكه فعتقت وان لم يكن الكلام الاول بمحضر من المشتري لا يصح الكلام الثاني لانه لا يملك
الفسخ بغير محضر من صاحبه اذا كان بعد القبض فان كان قبل القبض فكل واحد
منهما ينفرد بالفسخ بمحضر من صاحبه على ما في قاضيخان واما اذا قبضه بعد الافتراق
عن المجلس بغير اذن البائع ففيه تفصيل ذكرناه في اول البيع الفاسد ولو رده المشتري
بعد القبض على بايعه هل يبقى البيع السابق او يبطل ففي القنية بعلامة ص وكل مبيع ببيع
فاسد رده المشتري على البائع بهبة او صدقة او بيع او بوجه من الوجوه كالوديعة
والاعارة والاجارة بالغصب والشراء او وقع في يد البائع فهو متاركة للبيع وبرئ
المشتري من ضمانه ح قال ابو يوسف اذا اودعه البائع على بيع فاسد او اعاره او وهبه
او اجره اياه او غصبه البائع او اشتراه بعوض فهذا كله باطل وقد انتقضت العقدة الاولى
وبرئ المشتري من ضمانه وهو بمنزلة رده عليه هذا مما لا بد حفظه كذا في شرح ظهير
الدين وفي القنية ايضا رده المشتري بفساد البيع فلم يقبله البائع فاعاده المشتري

الى منزله فهلك عنده لا يلزمه الثمن ولا القيمة وكذا الغاصب رد المغصوب الى المغصوب منه
فلم يقبله فحمله الغاصب الى منزله فضاع عنده لا يضمن ولا يتجدد الغصب بالحمل
الى منزله اذا لم يضعه عند المالك لانه صار امانة فان وضعه بحيث تناوله يده ثم حمله
الى منزله فضاع يضمن وقال ابن سلام ان كان فساد البيع متفقا برئ المشتري وان
لم يقبله البايع وان كان مختلفا لا يبرئ الا بقبوله او بقضاء القاضي وقال ابو بكر الاسكاف
يبرئه في الوجهين واعلم انهم اختلفوا في ان المشتري هل يملك عين ما قبضه في البيع
الفاسد او يملك تصرفه فقط فذهب البلخيون الى الاول واستدلوا عليه بما اذا اشترى
دارا شراء فاسدا او قبضها فبيع بجنبها دار فللمشتري ان ياخذها بالشفعة لنفسه
ولو اشترى جارية شراء فاسدا وقبضها ثم ردها على البايع وجب على البايع الاستبراء
ولو باع الاب او الوصي عبد يتيم بيعا فاسدا وقبض المشتري ثم اعتقه نفذ عتقه وذهب
العراقيون الى الثاني واستدلوا عليه بانه لو ملك العين لجاز للمشتري وطي جارية
اشتراها شراء فاسدا ولجاز اخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة شراء فاسدا
ويحل اكل طعام اشتراه شراء فاسدا وليس كذلك لا يقال هذا مناف لما في قاضيخان
رجل اشترى دارا شراء فاسدا وقبضها فخربت عنده خرابا فاحشا ثم خاصمه البايع
الى القاضي فقضى القاضي للبايع بقيمة الدار يوم قبض المشتري كان للشفيع ان ياخذها
من المشتري بتلك القيمة انتهى حيث حكم باخذ الشفعة للشفيع في المبيع بيعا فاسدا
لانا نقول اخذ الشفعة انما هو لاجل الحكم بقيمة الدار لا لاجل الملك بالبيع الفاسد
قالوا والاصح مذهب البلخيين والجواب عن العراقيين مر في اول البيع الفاسد وقال
الشافعي القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك اصلا لانه محظور التناول فلا تنال
به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية ولهذا لا يفيده قبل القبض فصار كالبيع
بالميتة وبيع الخمر بالدراهم قلنا ان ركنه صدر من اهله مضافا الى محله فيفيد
الملك والنهي يقرر المشروعية في المنهي عنه عندنا لانه يجب ان يكون متصور الوجود
بحيث لو اقدم عليه يوجد حتى يكون العبد مبتلى بين ان يقدم عليه فيعاقب
وبين ان يكف عنه فيثاب فنفس البيع مشروع باصله فينال به نعمة الملك لكن
لا بد فيه من قبح لما فيه من النهي فجعلناه في وصفه المجاور كما في البيع وقت النداء

لا في عين المنهي عنه وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد لانه لو ثبت
الملك قبل القبض لوجب التسليم والتسلم فيتقرر الفساد الذي كان واجب الدفع بالاسترداد
بعد القبض فبالامتناع عن المطالبة قبل القبض اولى منه لان الدفع اسهل من الرفع
والبيع بالميتة وبيع الخمر بالثمن باطل فلا يقاس عليه ثم اعلم ان المشتري في البيع الفاسد
يصير قابضا بالتخلية على الصحيح كما في الجائز على ما صرح به في الجامع الكبير وقاضيخان
وقال في الخلاصة نقلا عن التجريد تسليم المبيع ان يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن
من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن خلافا للشافعي ثم نقل عن الاجناس وقال
يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان احدها ان يقول البايع خليت بينك وبين المبيع
الثاني ان يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتاتى فيه الفعل من غير مانع الثالث
ان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وكان ابو ح يقول القبض ان يقول البايع قد خليت
بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشتري وهو عند البايع قد قبضته فان اخذ براسه
وصاحبه عنده وقاده فهو قبض سواء كان دابة او بعيرا او كان غلاما او جارية
فقال له المشتري تعال معي او امش معي فخطى معه فهو قبض وكذا لو ارسله في حاجة
وفي الثوب ان اخذه بيده او خلي بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال
قد خليت بينك وبينه فاقبضه فقال المشتري قد قبضته فهو قبض ولو اشترى
حنطة في بيت ودفع البايع المفتاح اليه وقال قد خليت بينك وبينها فهو قبض
وان دفع المفتاح ولا يقول شيئا لم يكن قبضا ولو باع دارا وهي غائبة فقال البايع
سلمتها اليك وقال المشتري قبضتها لم يكن قبضا وان كانت قريبة كان قبضا لان
التخلية قامت مقام القبض عند التمكن والفاصل بينهما ان كانت الدار بحال يقدر
على اغلاقها كانت قريبة والا كانت بعيدة وفي المحيط ان بالتخلية يقع القبض
وان كان المعقود عليه بعيدا عنها قال شمس الائمة الحلواني ذكره في النوادر ان الرجل
اذا باع ضيعة وخلى بينها وبين المشتري ان كان الى من الضيعة يصير المشتري
قابضا وان كان بعيدا عنها لا يصير المشتري قابضا والناس عنها غافلون فانهم
يشترون الضيعة في السواد ويقرون بالتسليم والقبض وذلك مما لا يصح به
القبض وكذا لو اشترى بقرا في السرح فقال البايع اذهب واقبض ان كان يرى

بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضا ولو باع خلا في دن وخلى بينه وبين المشتري
في دار نفسه وختم المشتري على الدار فهو قبض كما اشترى حنطة وقال للبائع كلها
في غرائرك فان كان الجوالق للاستعارة بعينها صار المشتري بالكيل فيه قابضا وان كان
بغير عينها نحو ان يقول اعر لي جوالق وكل فيه فكال والمشتري حاضر صار قابضا كذا
هذا قول ابي يوسف وعند محمد لا يصير قابضا الى هنا كلام الخلاصة وقال في قاضيخان
ان التخلية في البيع الجائز يكون قبضا وفي البيع الفاسد روايتان والصحيح انه قبض
ثم قال ولو باع ثمرا على النخل او خلى بينه وبين المشتري صار المشتري قابضا ولو باع
دارا وسلمها الى المشتري وفيها قليل متاع للبائع لم يكن تسليما حتى سلمها فارغة وان
اودع المتاع عند المشتري واذن للمشتري بقبض الدار والمتاع جميعا صح التسليم لان الكل
في يد المشتري ولو باع دار اليست بحضرتها فقال البائع سلمتها اليك وقال المشتري قبلت
ففي ظاهر الرواية ان التخلية في الدور والعقار لا يكون قبضا الا بقرب منها وذكر
في النوادر اذا قال البائع للمشتري سلمتها اليك وقال المشتري قبلت والدار ليست بحضرتهما
يصير المشتري قابضا في قول ابي حنيفة والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لانه اذا كان قريبا يتصور
فيه القبض الحقيقي فيقام التخلية مقام القبض واما اذا كان بعيدا فلا يتصور القبض
الحقيقي في الحال فلا يقام التخلية مقام القبض هكذا ذكره ولزمه اي المشتري لهلاكه
اي هلاك ما قبضه مثله حقيقة في المثليات كالمكيلات والموزونات والعدديات
المتقاربة او معنى في القيمي لانه مضمون عليه بنفسه بالقبض فشابه الغصب والحكم
فيه كذلك فكذا هنا كالقيمة في القيمي كالحيوان والعدديات المتفاوتة والمعتبر
قيمته يوم القبض وان زادت قيمته في يده فاتلفه لانه دخل في ضمانه بالقبض
فلا يتغير كالمغصوب عليهما في الكافي وعن محمد انه يعتبر قيمته يوم اتلفه والكل
منهما اي يجب على كل منهما الملك فسخه اي البحران فعله معصية عليه التوبة منها وقال في الخلاصة
ان الملك وان كان يثبت في البيع الفاسد عند اتصال القبض به عندنا الا انه
مستحق النقض اعداما للفساد ولهذا قلنا يكره للمشتري ان يتصرف فيه بتمليك
او انتفاع انتهى ومراده بالكراهة كراهة تحريم لما ذكرناه من الجبر فسخه قبل القبض
اي بالامتناع دفعا لتقرر الفساد وبعده اي بالاسترداد دفعا لما تقرر من الفساد

مادام

مادام في ملك المشتري لانه لو خرج عن ملكه بالبيع او الهبة او الاعتاق سقط حق
الفسخ على ما سيصرح به اذا كان الفساد في صلب العقد اي في احد البدلين فانه
يفسخ بحضرة صاحبه عند ابي حنيفة ومحمد وبحضرته وغيبته عند ابي يوسف لقوة الفساد
كذا في العناية وان كان الفساد بشرط زائد ينتفع به احد العاقدين كشرط ان يهدي
له هدية او يقرض له او البيع الى النيروز او الى العطاء ونحوه فكذا اي يفسخ كل منهما
قبل القبض لما ذكرناه واما بعده فالفسخ لمن له الشرط لا لمن عليه ان كان المبيع قائما
في يد المشتري وهذا لان العقد قوي فكان الواجب ان لا يكون لاحد حق الفسخ لكن
الرضا لم يتحقق في حق من له الشرط فله ان يفسخه وفي الخلاصة نقلا عن التجريد
ان هذا قول محمد اما عندهما فلكل واحد منهما حق الفسخ لانه لحق الشرع فانتفى اللزوم
عن العقد وفي العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين فسخه وهل يشترط
قضاء القاضي في فسخ العقد الفاسد وهل يبطل حق الفسخ بموت احدهما ففي الخلاصة
عن الجامع الصغير انه لا يشترط ولا يبطل حق الفسخ بموت البائع ولا بموت المشتري
وبه يفتى وهذا اعني ان لكل منهما فسخه قبل القبض وبعده مادام في ملك المشتري اه
اذا لم يزد في يد المشتري ولم ينتقص فان ازداد لا يخلو اما ان كانت متصلة او منفصلة
وكل واحد منها على وجهين اما ان تكون متصلة متولدة من الاصل كالكبر والسمن والجمال
او غير متولدة كالصبغ في الثوب والسمن في السويق والبناء في الساحة والمنفصلة
المتولدة من الاصل كالولد والعقر والارش والثمر والصوف وغير المتولدة من
الاصل كالكسب والغلة والهبة والصدقة فان كانت الزيادة متصلة متولدة
من الاصل فانها لا تمنع الرد والفسخ كما في الغصب وان كانت متصلة غير متولدة
فانه ينقطع حق البائع لحق المشتري حتى لو رضي المشتري بفسخ وفي كل موضع انقطع
حق البائع تقرر عليه القيمة او المثل وكذا لو كان ثوبا فقطعه وخاطه او كان
قطنا فغزله او غزلا فنسجه او حنطة فطحنها انقطع حق البائع الى القيمة او الى المثل
وان كانت الزيادة منفصلة ان كانت متولدة من الاصل كالولد فانها لا تمنع الرد
وله ان يردهما جميعا ولو كانت الولادة نقصتها انجبر النقصان بالحادث ان كان
به وفاء عندنا ولو هلكت هذه الزوائد في يد المشتري لا يضمن الغصب ويغرم نقصان

الولادة ولو استهلك المشتري هذه الزوائد يضمن ولو هلك المبيع والزيادة قائمة فللبائع
ان يسترد الزيادة ويأخذ من المشتري قيمة المبيع وقت القبض ولو كانت الزيادة منفصلة
غير متولدة كالهبة فللبائع ان يسترد المبيع مع هذه الزيادة ولا تطلب له فان هلكت
الزيادة في يد المشتري لا يضمن وان استهلكها فكذلك عند ابي ح وعندهما يضمن ولو
استهلك المبيع والزوائد قائمة في يد المشتري تقرر عليه ضمان المبيع وبقيت الزوائد
للمشتري بخلاف الزوائد المتولدة واما اذا انتقص المبيع في يد المشتري ان كان
النقصان بآفة سماوية فللبائع ان يأخذه مع ارش النقصان وكذا اذا كان النقصان
بفعل المشتري او بفعل المعقود عليه وان كان بفعل الاجنبي فالبائع بالخيار في الارش
ان شاء اخذه من الجاني والجاني لا يرجع على المشتري وان شاء اتبع المشتري والمشتري
يرجع على الجاني كما في الغصب كذا في الخلاصة نقلا عن شرح الطحاوي ولا يأخذه
البائع حتى يرد الى المشتري ثمنه اي ما اخذه في مقابلة المبيع عرضا او نقدا لان
المبيع صار محبوسا به فكان له ولاية ان لا يدفع الى ان يأخذ ثمنه كما في الرهن الا
ان الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وهنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب
وكذا الحكم في الاجارة الفاسدة اذا نقد الاجرة عليها في العناية وقال في قاضيخان
ولو اشترى من مديونه شيئا شراء فاسدا ثم تناقضا البيع الفاسد لا يكون للمشتري
ان يحبس المبيع لاستيفاء ما كان له على البائع من الدين وكذا لوجه كان للمشتري
ان يحبس المبيع حتى يستوفي الدين الذي كان له على البائع ووجه الفرق بينهما
على ما ذكره في البزازية ان في البيع الصحيح حصل الفسخ بعد قبض الثمن فيملك حبس
المبيع وفي الفاسد حصل التناقض قبل قبض الثمن فلا يملك حبس المبيع بيانه ان
البيع وقع بمثل الدين في الصحيح فصار المشتري مديون البائع ايضا والتقى الدينان
قصاصا عن الاول فتقاصا فصار قابضا بالمقاصة والبيع الفاسد لا يلزم ثمنا
فلا مقاصة فيه وكان الدين الاول قائما والمبيع لم يقابله فلا يملك الحبس كما قبل
الشراء ولهذا قلنا لو مات البائع في الفاسد وعليه ديون كثيرة لا يملك المشتري
فاسدا ان يستبد بالمبيع بل يتخاصمه الغرماء ويكون كواحد منهم فيه بخلاف المشتري
صحيحا والعين بعد الفسخ في يده للثمن حيث يكون احق من الغرماء انتهى كلام البزازية

وقوله

وقوله لا يملك المشتري فاسدا ان يستبد بالمبيع بل يتخاصمه الغرماء محمول على ما
اذا لم يقبض البائع الثمن من المشتري والا فالمشتري بعد قبض البائع الثمن منه احق
بالمبيع من الغرماء والورثة واليه اشار بقوله فان مات البائع قبل رد الثمن الذي
قبضه من المشتري فالمشتري احق به اي بما قبضه شراء فاسدا من غرمائه وورثته
حتى يأخذ ثمنه لانه يقدم عليه حال حيوته فكذا يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته
كالمرتهن فان الراهن اذا مات فالمرتهن احق بالرهن حتى يستوفي الدين الا ان الرهن
مضمون بقدر الدين والمشتري فاسدا مضمون بقدر ما اعطى فما فضل فللغرماء
وكالمستاجر فان له ان يحبس ما استاجره حتى يأخذ الاجرة التي دفعها الى الموجر
ثم ان كانت دراهم الثمن التي دفعها قائمة بعينها يأخذها المشتري بعينها لانها
تتعين في البيع الفاسد على الاصح خلافا لما ذكره ابو حفص انها لا تتعين كما في
البيع الصحيح وان كانت مستهلكة ففي الهداية انه يأخذ مثلها لكونها بمنزلة المغصوبة
وذكر في الفوائد الظهيرية وفخر الاسلام انه يباع المبيع لحق المشتري فان فضل
شيء عاد فهو يصرف الى الغرماء كذا ذكره في فتح القدير ثم قال ولا شك انه غير
لازم لان الواجب له بعد الاستهلاك مثل حصة المستهلك وهو الدراهم وطاب
للبائع ربح ثمنه بعد التقابض لا للمشتري ربح مبيعه فيتصدق بها اشترى جارية
شراء فاسدا بدراهم او دنانير وتقابضا فباعها المشتري وربح كل منهما فيما قبض
طاب للبائع ما ربح في الثمن ولا يطيب للمشتري ما ربح فيها بل يتصدق لان الخبث
نوعان خبث لعدم الملك وخبث لفساد الملك والمال نوعان ما يتعين بالتعيين
كالعروض وما لا يتعين به كالنقود والخبث لعدم الملك يعمل في النوعين كالغاصب
اذا تصرف فيما غصبه من العرض او النقد وربح فيها فانه لا يطيب عند ابي ح ومحمد
لتعلق العقد بمال الغير فيتمكن حقيقة الخبث فيما يتعين وشبهة الخبث فيما لا يتعين
والشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمة لانه عم نهى عن الربوا والريبة فلا يطيب
الربح فيهما واما الخبث لفساد في الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين ففيما نحن فيه
الجارية متعينة في العقد فيكون فيه خبث لفساد الملك وفي فساد الملك شبهة
عدم الملك فيكون ملحقة بحقيقة عدم الملك واما الدراهم والدنانير فغير متعينة

فى العقد ولو كان متعينا كان فيه شبهة الخبث لفساد الملك فعند عدم التعين يكون فى
تعلق العقد به شبهة فيكون فيه شبهة الشبهة ولا اعتبار بها كما طاب ربح مال ادعاه
فقضى اى ادعى المدعى عليه ذلك المال ثم ادعى على فرد بعد ما ربح فيه المدعى ادعى على رجل
مالا وادى به فربح فيه المدعى ثم تصادقا على ان هذا المال لم يكن على المدعى عليه فالربح
طيب له لان المال المقضى به بدل الدين الذى هو حق المدعى والمدعى ملك دينه بما اخذ
فاذا تصادقا على عدم الدين صار كانه استحق ملك البايع وبدل المستحق مملوك ملكا
فاسدا فيكون البيع فى حق البدل فاسدا فلا يوثر الخبث لفساد الملك فيما لا يتعين
بالتعيين فان باع المشترى ما شراه شراء فاسدا صح اى نفذ بيعه بخلاف ما لو اجر صحيحا
ما استاجره فاسدا فان الثانى من الاجارة لا ينفذ حق للموجر الاول نقض الثانية
وكذا لو اشترى من المكره وباعه صحيحا لا ينفذ البيع الثانى حتى للمكره نقض البيع الثانى
كما فى الاشباه وكذا لو اشترى من الوصى عقار اليتيم وقد كان باعه الوصى بلا مسوغ
شرعى فباعه المشترى من اخر بيعا صحيحا فان الثانى لا ينفذ كما فى الفتاوى الغزى قلت
وكذا الحال فى كل ما باع اشتراه باطلا كشراء مال اليتيم من الوصى بغبن فاحش فانه
باطل وكذا لو اعتقه او دبره او اوصاه لشخص ثم مات او كاتبه او رهنه الا ان
حق الاسترداد يعود لعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهو تعلق حق العبد او وهبه
وسلمه لانه ملكه بالقبض فيملك التصرف فيه فان قيل المبيع لو كان من الماكولات لم يحل
اكله ولو كان جارية لم يحل وطئها ولو كان دارا لا شفعة فيه للشفيع فلم يملك التصرف
فيه مطلقا قلنا اللوازم كلها ممنوعة بما نص عليه محمد فى الاستحسان انه يحل له
تناول الطعام لان البايع سلطه على ذلك وبما صرح به شمس الائمة الحلوانى ان وطى
المشتراة شراء فاسدا لا يحرم بل يكره وان الشفعة انما تجب بانقطاع حق البايع
ولم ينقطع فيما نحن فيه لفساد البيع وقد ذكرناه فى اول البيع الفاسد وسقط حق
الفسخ فلا يسترد البايع لتعلق حق العبد وهو المشترى الثانى والموهوب له والعبد المعتق
ونقض البيع الاول انما هو لحق الشرع وحق العبد مقدم عليه لاحتياج العبد بخلاف
الاجارة والتزويج وموت المشترى وورث وارثه المشترى حيث لم يسقط فيها حق الفسخ
وان تعلق به حق العبد لان الاجارة عقد ضعيف ينفسخ بالاعذار ومن اقوى الاعذار

فساد الشراء والتزويج يشبه الاجارة لوروده على المنفعة والبيع يرد على الرقبة والفسخ كذلك
فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة والنكاح على حاله قائم وملك الوارث
فى حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به وذلك الملك كان مستحق
النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو مات البايع كان لوارثه ان يسترد المبيع من
المشترى لحق الفساد وعليه اى على المشترى قيمته فى هذه التصرفات لانه مضمون
عليه بالقبض فتشابه الغصب وفيه القيمة ولو بنى فى دار شراها فاسدا او غرس
اشجارا فى ارض اشتراها فاسدا فعليه قيمتها عند ابى ح وابو يوسف معه فى قوله الاخر
وقالا ينقض البناء والغرس ويردها لان حق الشفيع اضعف من حق البايع وحق
الشفيع لا يبطل بشىء من البناء والغرس فحق البايع اولى منه ولابى ح ان البناء والغرس
قد حصل للمشترى بتسليطه من جهة البايع فينقطع حق استرداده كالبيع الحاصل
من المشترى بخلاف الشفيع اذ التسليط لم يوجد منه ولهذا لو وهبها المشترى لم يبطل
حق الشفيع وكذا لو باعها من اخر فانه يوخذ بالشفعة بالبيع الثانى بالثمن او بالبيع الثانى
بالقيمة لان حق البايع قد انقطع هنا واذا ثبت هذا كان للشفيع ان ياخذها بالشفعة
لانقطاع حق البايع فى الاسترداد بالبناء فينقض الشفيع البناء فان قيل اذا نقض
البناء لحق الشفيع ينبغى ان يعود حق البايع فى الاسترداد لوجود المقتضى وهو
العقد الفاسد وانتفاء المانع وهو البناء كما اذا باع المشترى شراء فاسدا بيعا
صحيحا ورد عليه المبيع بما هو فسخ قلنا يمنعه مانع اخر وهو ثبوت الملك للشفيع وهذا
يتوقف على تخصيص العلة والمخلص معروف وشك ابو يوسف فى روايته لمحمد عن الامام
لزوم قيمتها حيث قال له ما رويت عن ابى ح انه ياخذ قيمتها وانما رويت لك ان ينقض البناء
ولم يشك محمد حيث قال له بل رويت لى عنه انه ياخذ قيمتها وفيه اشارة الى ان الشك
فى روايته عن ابى ح لا فى مذهب ابى ح فان مذهبه لزوم القيمة بلا شك وكره
النجش بفتحتين وهو ان يزيد الرجل فى الثمن ولا يريد الشراء لترغيب غيره ويجرى فى
النكاح وغيره والنبى عم نهى عنه بقوله لا تناجشوا ولان فيه ايقاع رجل فيه باكثر
من الثمن وهو خداع قبيح حتى لو كان الراغب فى السلعة يطلبها بانقص من ثمنها فزاده

شخص لا يريد الشراء الى ما بلغ تمام قيمتها لا يكون مكروها على ما في العناية والسوم على سوم
لقوله عم لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه وهو نفي في معنى النهي
فيفيد المشروعية باصله اذا رضيا بثمن واما اذا لم يرض البايع بالثمن فلا يكره لانه بيع
من يزيد وهو جائز وكره تلقي الجلب اي المجلوب المضر باهل البلد بان كانوا في قحط وضيق
وان كانوا على سعة فان لبس السعر على الواردين للمصر فهو ايضا مكروه لانه غادر بهم
والا فلا باس به وكره ايضا بيع الحاضر اي اهل المصر الطعام للبادي اي لاهل البادية
امتناعا من اهل المصر طمعا في غلاء الثمن في البادية وذلك للنهي عنه ولكن هذا في
زمن القحط لتضررهم بذلك بخلاف زمن السعة لعدم تضررهم فيها وكره البيع عند اذان
الجمعة المراد الاذان الاول بعد الزوال على ما تقدم في كتاب الصلوة وهذا لقوله تعالى
وذروا البيع ولان فيه اخلالا بالواجب وهو السعي الى الجمعة اذا قعدا او وقفا عند
البيع بخلاف ما اذا تبايعا يمشيان لعدم الاخلال فيه بالواجب فلا كراهة فيه لا يكره
بيع من يزيد لما رواه انس بن مالك ان النبي عم باع قدحا بيع من يزيد وهو ما اذا تبايع
الرجلان ولم يرض البايع الثمن ويجي شخص ويزيد في ثمنه ليشتريه وصح البيع في الجميع
اي من قوله وكره النجش الى هنا لان القبح هنا فيما ليس في صلب العقد حتى يكون باطلا
ولا في شرط الصحة حتى يكون فاسدا بل في امر خارج مجاور فيكره ثم شرع الى بيان
نوع اخر من المكروه ومن ملك مملوكين صغيرين او صغيرا وكبيرا احدهما ذو رحم محرم
من الاخر كره له ان يفرق بينهما قبل البلوغ بالبيع او القسمة بالميراث او الغنيمة او الهبة
او غير ذلك لقوله عم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم
القيمة ولما صح ان النبي عم وهب لعلي غلامين صغيرين ثم قال عم ما فعل الغلامان
فقال بعت احدهما قال ادرك ادرك ولان الصغير يستانس بالصغير وبالكبير والكبير
يحافظ الصغير وفي بيع احدهما ينقطع حق الاستيناس والمحافظة وفيه ترك المرحمة
على الصغير وقد اوعد عم بقوله من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ثم مناط
البيع هو الاستيناس والتحافظ الحاصل بالقرابة المحرمة للنكاح بلا ضرر للمولى والصغير
قصدا فلا يدخل في الحكم محرم غير قريب وقريب غير محرم ولا ما لا محرمية بينهما اصلا
كما في القرابة الرضاعية والزوجية وذلك لان النص ورد على خلاف القياس فيقتصر

على مورده بدون حق مستحق كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين بان كان ماذونا
فلحقه دين ورده بالعيب فح لا باس بالتفرق دفعا للضرر عن المالك لان المنظور اليه
دفع الضرر عن الغير لا الاضرار بالصغير وكذا لا باس في شراء المسلم احدهما فيما
اذا كان المولى حربيا دفعا للضرر عن الصغير قصدا لان الحربي يدخله دار الحرب
فيتضرر به في الدنيا والاخرة وكذا لا باس فيما اذا ملك صغيرا وكبيرين وباع احد
احد الكبيرين دفعا لضرر المولى وكذا لا باس باعتاق احدهما على مال او لا لانه عين
الجمع باكمل الوجوه وصح البيع اي في احد القريبين خلافا لابي يوسف في قرابة الولاد
في رواية حيث قال لا يجوز البيع فيها ويفسخ لو وقع لقوة قرابة الولاد وضعف
غيرها وفي حاوي القدسي وبه ناخذ وفي الجميع اي جميع القرابات المحرمية في
رواية لحديث لما روينا من قوله ادرك ادرك وفي رواية اردد اردد والامر بها
لا يكون الا لفساده ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والكراهة
لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق والتفرق فكان كالبيع وقت النداء
وما رواه محمول على باب الاقالة او بيع الاخر ممن باع منه احدهما فان كانا كبيرين
فلا باس بالتفريق لانه ليس في معنى ما ورد به النص حتى يلحق به

باب الاقالة

وهي من القيل وهمزته للازالة بمعنى ازال العقد الاول وقيل انه من القول بمعنى ازال القول
الاول وكتب اللغة يساعد الاول ففي المصباح قال يقيل قيلا وقيلولة نام نصف
النهار واقاله الله عثرته اذا رفعه من سقوطه ومنه الاقالة في البيع لانها رفع
العقد انتهى وهي جائزة لقوله عم من اقال نادما بيعه اقال الله عثرته يوم القيمة
وشرطها ان يكون بالثمن الاول وبرضاء المتعاقدين وبقاء المبيع كلا او بعضا
وقبض بدلي الطرف في اقالة الصرف وان يكون المحل قابلا للفسخ واتحاد المجلس
وان لا يكون البيع باكثر القيمة في بيع الوصي مال اليتيم والمتولي مال الوقف فانهما
اذا باعا باكثر من القيمة لا يجوز الاقالة صيانة للصغير والوقف وان لا يهب
البايع الثمن للمشتري قبل قبضه في شراء الماذون فلو وهبه له لم تصح الاقالة
بعدها ولا يشترط بقاء الثمن حتى لو تبايعا عرضا بعرض مقايضة فهلك احدهما
فتقايلا صحت الاقالة لحمل الهالك على الثمن ويمكنهما ملك المبيع ولهذا قال في القنية

يصح اقالة الموكل مع البايع او المشتري ثم قال بعلامة يم واقالة الوكيل بالسلم جائزة عند
الح ومحمد كالابراء وكذا اقالة الوكيل بالشراء لايجوز اجماعا قال وهكذا في الصغرى
وقال واراد باقالة الوكيل بالسلم الوكيل بشرى السلم بخلاف الوكيل بشرى العين
ثم قال العلامة عين الائمة النسفي اقالة الوكيل بالشراء على هذا الخلاف وانكره
قاضيخان وهو الاصح والمعنى فيه ان باقامة الوكيل بالبيع يسقط الثمن من المشتري عندهما
ويلزم المبيع الوكيل وعند ابي يوسف لا يسقط الثمن من المشتري اصلا وقال في العصامي
ولو باع الوكيل ثم قال قبل القبض او بعده بعيب او غير عيب لزمه دون الآمر قال رض
اقالة الموكل بالشرا مع البايع لما صححت فكذلك اقالة الموكل بالبيع مع المشتري اقالة الوارث
جائز وروي انه بايع وفي العيون اقالة الوارث والوصي جائزة ولايجوز اقالة الموصى له
تصح بلفظين احدهما مستقبل كخوان يقول اقلني فيقول الاخر اقلت خلافا لمحمد فانه
يقول لا تصح الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل ان يقول اقلت البيع والاخر اقلت اعتبارا
لها بالبيع ولهما انها لا تكون الا بعد نظر وتاويل فلا يكون قوله اقلني مساومة بل كانت
تحقيقا للتصرف كما في النكاح وبه فارق البيع وفي الفتاوى اختار قول محمد وفي الخلاصة
نقلا عن الفتاوى لو قال المشتري تركت البيع وقال البايع رضيت او اجزت تكون اقالة ولو
طلب البايع الاقالة عن المشتري فقال المشتري هات الثمن فقبل البايع فهذا بمنزلة قوله
اقلني وتتوقف على القبول في المجلس كالبيع نصا او دلالة بالفعل كما اذا قطع البايع الثوب
قميصا فور مقالة المشتري وكما اذا رد المشتري المبيع الى البايع فاخذه فهو فسخ ان رد الثمن
اليه وان لم يتلفظ بلفظ الفسخ قال في القنية جاء الدلال بالثمن الى البايع بعدما باعه
بالامر المطلق فقال البايع لا ادفعه بهذا الثمن واخبر به المشتري فقال انا لا اريده ايضا
لا ينفسخ البيع لانه ليس من الفاظ الفسخ ولان اتحاد المجلس في الايجاب والقبول شرط
في الاقالة ولم يوجد هنا انتهى وقالوا ايضا انه اشترى حمارا ثم اتى يرده فلم يجد البايع
فادخله في اصطبله فجاء البايع بالبيطار فبزغه فليس بفسخ لان فعل البايع وان كان
قبولا ولكن يشترط فيه اتحاد المجلس وكما يصح قبول الاقالة نصا في مجلس الاقالة
فكذا دلالة بالفعل والا فلا الا ترى ان من باع ثوبا وسلمه ثم قال للمشتري اقلت البيع
فاقطعه لي قميصا فان قطعه في المجلس فهو اقالة والا فلا وهي الاقالة بيع جديد اي

من

من جهة المشتري في حق غير العاقدين اجماعا سواء كان الغير هو الله تعالى او العبد ولهذا يجب
بها الاستبراء في الجارية لانه حق الله تعالى فالله سبحانه وتعالى ثالثهما وشرط التقابض
فيما اذا كان البيع صرفا حقا لله تعالى فالله تعالى ثالثهما فيه ويجب الزكوة فيما اذا اشترى بعروض
التجارة عبد الخدمة بعدما حال عليها الحول ووجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد
العروض فهلكت في يده فانها حق الله تعالى فهو ثالثهما ويستحق الشفعة للشفيع فيما
اذا باع دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا بغير قضاء وعاد المبيع الى البايع فالشفيع
ثالثهما ولو كانت فسخا في حق الثالث لم يكن للشفيع ذلك واذا باع المشتري المبيع من اخر
ثم تقايلا ثم اطلع المشتري على بائعه كان في يد بائعه فاراد ان يرده على بائعه
ليس له ذلك لانه بيع جديد في حق بائعه فكانه اشتري من مشتريه فكان البايع
الاول ثالثهما واذا اشترى شيئا فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من اخر ثم تقايلا
وعاد المبيع الى المشتري الاول فاشتراه البايع الاول منه قبل نقد ثمنه باقل من الثمن
الاول جاز لانه بيع جديد في حق البايع الاول فصار كانه ملكه شراء جديدا من
المشتري الثاني في حق البايع الاول واذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له من
اخر ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع في هبته لان الموهوب له في حق الواهب
بمنزلة المشتري من المشتري منه فصار الواهب ثالثهما ثم كونه بيعا في حق غيرهما
فيما اذا ذكر بلفظ الاقالة واما لو ذكر بلفظ المفاسخة او المتاركة لم يجعل بيعا اتفاقا
على ما في النهاية وفي حقهما بعد القبض اي قبض المشتري المبيع فسخ ولهذا جازت
الاقالة بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا في حقهما لفسدت وبطل ما نطقا به
من الزيادة على الثمن الاول والنقصان منه وجاز ان يبيع البايع المبيع من المشتري
بعد الاقالة قبل ان يسترده منه ولو كانت بيعا لما جاز ذلك لكونه بيعا قبل القبض
كما لم يجز بيعه من غير المشتري قبل القبض وجاز ايضا بيعه من المشتري قبل الاسترداد
اذا كان المبيع مكيلا او موزونا بلا اعادة الكيل والوزن ولو كان بيعا لما جاز ذلك
وجاز ايضا هبة المبيع للمشتري قبل الاسترداد بعد الاقالة ولو كان بيعا لما جاز واعلم
ان كونها فسخا في حقهما ليس على اطلاقه على ما في التبيين بل انما يكون فسخا فيما
هو من موجبات العقد وهو ما ثبت بنفس العقد من غير شرط واما اذا لم يكن كذلك

بل يجب شرط زائد فالاقالة فيه بيع جديد في حق المتعاقدين ايضا كما اذا اشترى بالدين
المؤجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا يعود الدين حالا كانه باعه منه وكما اذا تقايلا
ثم ادعى رجل ان المبيع ملكه وشهد المشترى بذلك لم تقبل شهادته كانه هو الذى باعه وشهد
انه لغيره ولو كانت فسخا لقبلت وكذا لو باع عبدا بطعام بغير عينه وقبض ثم تقايلا
لا يتعين الطعام المقبوض للرد كانه باعه من البايع بطعام غير معين فان تعذر جعلها
فسخا بان ولدت المبيعة بعد القبض ولدا لان الزيادة المنفصلة تمنع الفسخ معا
للشرع وكذا لو هلك المبيع في غير المقايضة لجواز ان يكون الهالك فيها ثمنا وهلاك
الثمن لا يمنعها بطلت الاقالة وبقى البيع على حاله لتعذر الفسخ هذا عند ابح وعند
ابى يوسف بيع في حق الكل في العقار والمنقولات سواء كانت بمثل الثمن الاول او باقل
او باكثر او بجنس اخر فان تعذر جعلها بيعا كما اذا تقايلا في المنقول قبل القبض او كانت
بعد هلاك احد العوضين في المقايضة فسخ فان تعذر جعلها فسخا كما اذا تقايلا
في العروض المبيعة بالدراهم او الدنانير بعد هلاكها او تقايلا في المنقول قبل القبض
على خلاف جنس الثمن الاول بطلت الاقالة وبقى البيع على حاله وعند محمد فسخ في حق الكل
ان كانت بالثمن الاول او باقل فان تعذر الفسخ كما اذا تقايلا باكثر من الثمن الاول او
بالثمن الاول بعد الزيادة المتصلة او بخلاف جنس الثمن الاول بعد القبض فبيع فان تعذر
كما في بيع العرض بالدراهم بعد هلاك العرض بطلت وبقى البيع على حاله فابو ح عمل
بلفظها ومعناها لان لفظها ينبئ عن الفسخ ومعناها عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال
بالتراضى بناء على ان العمل بالدليلين اولى من اهمال احدهما فجعلناها فسخا في حقهما
وبيعا في حق ثالث وعمل محمد بمعناها اللغوى وهو الفسخ لانه متى امكن الحمل على الحقيقة
يحمل عليها والا فيحمل على ما يحتمله اللفظ وهو البيع هنا وعمل ابو يوسف بمعناها الشرعى
وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى وليس البيع الا ذلك واعتضد ذلك بثبوت احكام
البيع عليها من بطلانها بهلاك السلعة والرد بالعيب وثبوت الشفعة بها وعورض
بانها لو كانت بيعا او محتملة له لانعقد البيع بلفظ الاقالة لكنه لم ينعقد واجيب
بمنع بطلان اللازم على ما روى عن بعض المشايخ ولو سلم لكنه لو قال ابتداء اقلتك
العقد في هذا العبد بالف درهم تعذر تصحيحها بيعا لاضافتها الى ما لا وجود له اصلا

فيبطل

فيبطل وما نحن فيه ليس كذلك لانها اضيفت الى ما له وجود اعنى سابقة العقد فلها
فلم تلزم من ارادة المجاز من اللفظ في موضع لوجود الدلالة على ما يراد من المجاز ارادة
المجاز في سائر المواضع عند عدم دلالة الدليل على المجاز واعترض عليه بوجهين احدهما
انه يفهم منه ان ابا يوسف يجعل الاقالة بيعا مجازا وذلك مصير الى المجاز مع امكان
العمل بالحقيقة وذا لا يجوز والثانى ان قوله اقلتك العقد في هذا العبد مثلا معناه
على ذلك التقدير بعتك هذا العبد وذلك لا يقتضى سابقة العقد والجواب عن الاول انه
يجعله مجازا عن البيع لجواز انه يجعله منقولا اليه شرعا بواسطة ثبوت احكامه له ولفظ
المجاز المذكور انفا يجوز ان يكون مجازا عن المنقول اليه فالمعنى لم يلزم من ارادة المعنى
المنقول اليه في موضع لوجود الدلالة على ما يراد من المنقول اليه ارادة المعنى المنقول اليه
في سائر المواضع عند عدم الدلالة على النقل وعن الثانى لا نسلم ان معناه ذلك بل معناه
بعتك هذا العبد الذى كنت بعته منى سابقا فانه ليس مجازا عن مطلق البيع بل عن
بيع كائن بعد بيع وقع بينهما في هذا المحل وتحقيق ما ذكره ابو ح ان لفظ الاقالة حقيقة
في الفسخ لانباءها عنه والاصل اعمال الالفاظ في حقايقها ما امكن وان تعذرت
الحقيقة يصار الى المجاز ان امكن والا بطلت وهنا لما لم يمكن ان يجعل مجازا عن البيع الابتدائى
لعدم احتماله له لكونه ضده واستعارة احد الضدين للاخر لا يجوز على ما في موضعه
بطلت فان قيل الاقالة بيع جديد في حق الثالث اجماعا على ما تقدم ولو لم يحتمل البيع لما جاز
ذلك اجيب عنه بان ذلك ليس بطريق المجاز اذ الثابت بالمجاز ثابت بقضية الصيغة
لان المجاز من احوال اللفظ كالحقيقة وما ذكره ذلك القائل ليس كذلك اذ لا ولاية
لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملا في حقه بل هو امر ضرورى لانه لما ثبت حكم البيع
وهو الملك للبايع بيد لظهر موجبه في حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين
في محل واحد وقبل القبض فسخ في النقلى وغيره اى كما كانت فسخا بعد القبض عند
ابح ومحمد لكن عند ابح في حق المتعاقدين مطلقا بمثل الثمن الاول او اقل او اكثر منه
او خلاف الجنس وعند محمد في حق الكل بمثل الثمن الاول او باقل منه وعند ابى يوسف
في العقار بيع لجواز بيعه قبل القبض واما في غير العقار ففسخ عنده قبل القبض
ايضا لعدم جواز بيعه قبل القبض ثم شرع في بيان ما يتفرع على الاصل المذكور وقال

فلو شرط فيها اي في الاقالة اكثر من الثمن الاول او اقل منه او خلاف الجنس بطل الشرط لانه
فسخ في حقهما والفسخ عبارة عن رفع العقد على الوصف الذي كان قبله والفسخ على
الزيادة او النقصان او خلاف الجنس ليس كذلك فبطل الشرط ولزم الثمن الاول لصحة
الاقالة لانها مما لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الشروط الفاسدة فيه من قبيل
شبهة الربوا فيؤثر في صحة البيع هذا عند ابي ح وعندهما يصح الشرط الاول اي الاكثر
لو بعد القبض وتجعل الاقالة بيعا لان الاصل فيها هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد
وان كانت فسخا لكنه في الزيادة غير ممكن وجعلها بيعا ممكن فاذا زاد تعذر العمل بالحقيقة
فيصار الى المجاز صونا عن الالغاء وان شرط اقل من الثمن الاول من غير تعيب لزم
الثمن الاول عند ابي ح لكونها فسخا والشرط باطل عنده ايضا اي كما في اشتراط الاكثر
او خلاف الجنس واما اذا تعيب فهي فسخ بالاقل اتفاقا لان الحط يجعل بازاء ما فات
بالعيب ولهذا يشترط ان يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب ولا يجوز اقل
او اكثر صورة المسئلة اذا اشترى جارية بالف درهم وتقايلا بالف درهم صحت الاقالة
وان تقايلا بالف ومائة صحت بالف ولغي ذكر المائة وان تقايلا بالف الا مائة فان
لم يدخلها عيب صحت بالف ولغي النقص ووجب على البايع رد الالف على المشتري وان
دخلها عيب صحت الاقالة بما شرط ويصير المحطوط بازاء نقصان العيب لانه لما احتبس
عند المشتري جزء من المبيع جاز ان يحتبس عند البايع جزء من الثمن وعند ابي يوسف
تجعل الاقالة بيعا بالاقل على ما هو الاصل عنده واما عند محمد فيجعل فسخا بالاقل
لان اشتراط الاقل لا يمنع كونه فسخا عنده على ما مر ويصح عند ابي يوسف الشرط
اي بالاقل وكذا يصح عند محمد لما ذكرناه وان تعيب صح الشرط اي شرط الاقل اتفاقا
بين الثلاثة لما ذكرناه ولا تصح الاقالة عند ابي ح بعد ولادة المبيعة لانها فسخ عنده
وهو لا يمكن بعد الولادة ونحوها من الزيادة فيبطل وهذا اذا ولدت بعد القبض اما
اذا ولدت قبله فالاقالة صحيحة عنده ايضا لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ
خلافا لهما فانها بيع عند ابي يوسف وكذا عند محمد لعدم امكان جعلها فسخا والولادة
لا تمنع البيع ذكر في العناية نقلا عن الذخيرة ان الجارية اذا ازدادت ثم تقايلا فان
كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة

كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت او متصلة
وان كانت الزيادة بعد القبض ان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابي ح لانه
لا يصححها الا فسخا وقد تعذر حقا للشرع وان كانت متصلة فهي صحيحة عنده لانها
لا تمنع الفسخ برضاء من له الحق في الزيادة ببطلان حقه فيها والتقابل دليل الرضا
فامكن تصحيحها فسخا والاقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق لامتناع البيع
واما في غيره كالعقار فانه فسخ عند ابي ح ومحمد واما عند ابي يوسف فبيع لجواز البيع
في العقار قبل القبض عنده ولا يمنعها اي الاقالة هلاك الثمن بل يمنعها هلاك المبيع
لانها رفع البيع ورفعه يستدعي قيامه فان رفع المعدوم وقيام البيع بالمبيع لا بالثمن
لان الاصل هو المبيع حتى شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف
ولهذا جاز العقد وان لم يكن موجودا وهلاك بعضه اي بعض المبيع يمنع بقدره فصحت
الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه ولو تبايعا مقايضة جازت الاقالة بعد هلاك
احد العوضين لان المبيع يكون هو الباقي فيكون البيع قائما به فيجب رد قيمة الهالك
ويجوز الاقالة في الصرف ولو بعد هلاك البدلين معا على ما في الاختيار لان
الاثمان لا تتعين في الاقالة ما يمنع الرد في البيع الفاسد والرد بالعيب يمنع الاقالة
ايضا على ما في الخلاصة وفيها ايضا الوصي والمتولي اذا باع شيئا باكثر من قيمته
ثم اقال لا يصح **باب المرابحة والتولية** لما فرغ مما يتعلق بالمبيع شرع فيما يتعلق
بالثمن من المرابحة والتولية والوضيعة والمساومة ولم يذكر المص المساومة وهو
البيع باي ثمن اتفق عليها هو المعتاد المرابحة بيع ما شراه بما اي بثمن الجار متعلق بالبيع
شراه به وزيادة عطف على ما في قوله بما شراه ولا بد ان يكون الزيادة معلومة
لئلا يلزم الجهل في الثمن اعترض على طرده وعلى عكسه بما في قاضيخان ان من اشترى
دنانير بالدراهم لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه وان المغصوب
الابق اذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه للغاصب مرابحة وتولية
على ما ضمن من القيمة ولا يصدق التعريف عليه لعدم الشراء واجيب عن الاول
بانه اذا لم يجز البيع لا يصدق عليه بيع ما شراه بما شراه وعن الثاني بجعل الشراء
اعم من ان يكون ابتداء وانتهاء لانه اذا قضى القاضي بالقيمة عاد ذلك العقد الى الحق

لا يقدر المالك على رد القيمة ولخذ المغصوب ثم في قوله بما شراه به ابهام لانه اما ان يراد
به عين الثمن الاول او مثله ولا سبيل الى كل منهما اما الى الاول فلان الثمن الاول صار ملكا
للبايع الاول فلا يراد في البيع الثاني واما الى الثاني فلانه لا يخلو اما ان يراد المثل
من حيث الجنس او المقدار والاول ليس بشرط على ما في العناية والثاني يقتضي
ان لا يضم الى راس المال اجرة القصار والصباغ والطراز ونحوها لانها ليست بثمن
في العقد الاول على ان الثمن ليس بشرط في المرابحة اصلا فانه لو ملك ثوبا بهبة
او وصية فقومه ثم باعه مرابحة على تلك القيمة جاز على ما في العناية عن المبسوط
والجواب انا نختار المثل في المقدار والعادة جرت بالحاق ما يزيد في المبيع او قيمته
الى راس المال فكان من جملة الثمن الاول عادة واذا لم يكن عين الثمن الاول مرادا يجعل
مجازا عما قام عنده من غير خيانة فيدخل فيه مسئلة المبسوط والتولية بيعه
اي بيع ما ملكه به اي بالعوض الاول بلا زيادة ولا نقص تذكر ما ذكرنا في المرابحة
والوضيعة بيعه بانقص منه اي من العوض الاول ولا يصح ذلك اي كل من البيوع
الثلاثة على ما في الدرر او كل من المرابحة والتولية على ما في الهداية ما لم يكن الثمن
الاول مثليا كيليا او وزنيا او عدديا متقاربا لان مبنى هذه البيوع على الاحتراز
عن الخيانة وشبهتها والاحتراز عن الخيانة فيما كان الثمن قيميا وان امكن لكنه
فيما لا يمكن عن شبهتها لان المشتري الثاني لا يشتري المبيع الا بقيمة ما دفع المشتري
الاول من الثمن اذ لا يمكن دفع عينه اذ لم يملكه ولا دفع مثله اذ العرض عديم المثل
فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف ظنا فيتمكن فيه شبهة الخيانة فلا بد ان يكون
مثليا او قيميا كان في ملك من يريد الشراء من المشتري الاول مرابحة او تولية
بان ملكه من البايع الاول بسبب من الاسباب فانه يجوز شراؤه مرابحة وتولية
لاقتداره على ايفاء عين او تولية ما التزمه لكنه يشترط ان يكون الربح معلوما
واليه اشار بقوله والربح معلوما من دراهم او شيء من المثلي واما اذا اشتراه منه بربح ده
يازده اي اشتراه من المشتري الاول بما دفعه المشتري الاول من الثمن وبعشر قيمته
فح اذا كان فيه الثمن الاول عشرة دراهم فالربح درهم واذا كان عشرين فالربح درهمان
وهكذا فانه لا يجوز لانه اشتراه برأس المال وبعض قيمته لانه ليس من المثلي على ما

فرضناه فصار المشتري الاول باعه بذلك القيمي وبجزء من احد عشر جزءا منه والجزء الحادي عشر
لا يعرف الا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز واما لو كان الثمن الاول مثليا فباعه المشتري
الاول به وبعشره ان كان المشتري الثاني يعلم جملة الثمن الاول صح وان لم يعلم فان علم
في المجلس جاز وله الخيار والا فسد كما لو باع الثوب برقمه على ما في الزيلعي وفيه ايضا
ومن شرط المرابحة والتولية ان لا يكون صرفا حتى لو باع دنانير بدراهم لا يجوز فيه
المرابحة ولا التولية لانهما في الذمة فلا يتصور فيه المرابحة والتولية والمقبوض
غير ما وجب بالعقد ويجوز ان يضم الى راس المال اي الثمن اجر القصار والصبغ والطراز
والفتل والحمل وسوق الغنم والسمسار لان العرف جرى بالحاق هذه الاشياء براس
المال وهو المعتبر ولهذا لا يعد ذلك خيانة اذا بين له والاصل فيه ان كل ما يزيد
في المبيع او في قيمته يلحق به فهذا هو الاصل وما ذكر بهذه الصفة لان الصبغ والفتل
والطراز والقصارة تزيد في العين والحمل والسوق والسمسار تزيد في القيمة
لانها تختلف باختلاف الاماكن والسمسار وعلى هذا له ان يضيف اليه اجرة الغسل
والخياطة ونفقة تجصيص الدار وطي البئر وكري الانهار والقناة والمسناة والكراب
وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار وان فعل شيئا من ذلك بيده لا يضمه
وفي الزيلعي نقلا عن المحيط انه يضم طعام المبيع وكسوته وكراه واجرة السمسار ان كانت
مشروطة في العقد والا فاكثرهم على انه لا يضم ولا يضم اجرة الدلال بالاجماع وكذا
ما هو سبب لبقائه الحيوان كالطعام وفي المجرد يضم لانه تزداد قيمته من حيث انه
تندفع عنه ضرر الحر والبرد لكن يقول قام علي بكذا لا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن
الكذب لان القيام عليه عبارة عن الحصول بما غرم وقد غرم فيه القدر المسمى
ولا يضم نفقته اي نفقة نفسه يعني لا يضم ما انفقه المشتري على نفسه في
سفره من وقت شرائه المبيع على ما في شرح المجمع بخلاف نفقة المبيع وكسوته وكرائه فانها
تضم على ما ذكرناه وهذا لان نفقة نفسه لا تزيد في المبيع ولا في قيمته شيئا بخلاف
نفقة المبيع وكسوته وكرائه فانها تزيد فيه ولا اجر الراعي لعدم العرف فيه ولانه لا تزيد
في المبيع وفي قيمته شيئا لان الزيادة الحاصلة في العين باعتبار معنى في العين من
السمن ونحوه بخلاف اجر السائق فانه يضم لما مر من ان القيمة تختلف باختلاف الاماكن

ولا لاجر الطبيب لعدم العرف فيه ولعدم الزيادة ايضا وكذا لا يضم قيمة الدار على ما في غاية
البيان ولا لاجر الرابط والبيطار والحجامة ولا لجعل الابق ولا لاجرة الختان ولا الفداء
في الجناية لما مر من عدم العرف والزيادة في المبيع في هذه الاشياء ولا لاجر المعلم
لما مر من عدم العرف والزيادة في المبيع ولا لاجر بيت الحفظ لما مر والباج الذي
يؤخذ في الطريق لا يضم الا في موضع جرت العادة فيما بين التجار بالضم على ما في
الكفاية والزيلعي الا انه قال في الزيلعي ما يؤخذ في الطريق من الظلم لا يضم الا في
موضع جرت العادة فيه بالضم فقد ظهر منه ان ما يؤخذ في الطريق في زماننا
من البايع ظلم وذكر في المبسوط العبرة في ضم شيء برأس المال العرف انتهى وما عمل
المشتري بيده من قصارة او خياطة وما يشبه ذلك لا يضم فان ظهر للمشتري
خيانة في المرابحة بالبينة او باقراره او بنكوله عن اليمين خير في اخذه بكل ثمنه
المسمى او تركه وفي التولية يحط من ثمنه بقدر الخيانة وهو القياس في الوضيعة
هذا عند ابي ح وعند ابي يوسف يحط فيهما قدر الخيانة من راس المال مع حصتها
اي حصة الخيانة من الربح في المرابحة مثلا اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح
خمسة ثم ظهر ان الثمن الاول ثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ومن
الربح درهم لان الربح ينقسم على الاصل فما اصاب الخيانة منه سقط معه فياخذ
الثوب باثني عشر درهما وعند محمد خير فيهما لانها باشر العقد بثمن معلوم فينعقد
بالثمن المسمى فيه وذكر التولية والمرابحة ترويج فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف
السلامة وفواته يوجب التخيير ولابي يوسف ان الاصل في هذا العقد كونه
مرابحة وتولية لا التسمية والمسمى ولهذا لو قال وليتك بالثمن الاول او بعتك
مرابحة على الثمن الاول والحال انه معلوم واقتصر عن التسمية اي لم يذكرها صح العقد
وانما التسمية كالتفسير فاذا ظهرت الخيانة بطل صلاحيتها للتفسير فبقي ذكر
المرابحة والتولية فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول فيحط الخيانة في الفصلين
جميعا غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من راس المال وفي المرابحة منه ومن
الربح جميعا ولابي ح انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانها تكون بالثمن الاول
وهذا ليس كذلك لكن لا يجوز ان لا يبقى تولية لئلا يتغير التصرف فتعين الحط

واما

واما لو في المرابحة فلو لم يحط تبقى مرابحة كما كانت من غير تغيير التصرف لكن يتفاوت
الربح فيتخير بذلك لفوات الرضا فلو هلك المبيع قبل الرد او استهلكه او امتنع الفسخ بحدوث
ما يمنع الفسخ في بيع المرابحة فمن قال بالحط كان له الحط ومن قال بالفسخ لزم كل الثمن
اتفاقا في الروايات الظاهرة ويسقط خياره لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن
كخيار الشرط والرؤية وقد تعذر الرد بالهلاك او غيره فيسقط خياره بخلاف
خيار العيب حيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لان المستحق للمشتري
ثمة المطالبة بتسليم الجزء الفائت فسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه وعن محمد في
غير رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن فيرد قيمة المبيع
ويرجع على البايع بما دفعه اليه من الثمن دفعا للضرر عنه وعن ابي يوسف انه
يحط كيف ما كان وكذا عن ابي ح في بيع التولية ومن شرى شيئا بعشرة فباعه
بخمسة عشر ثم شراه ثانيا بعشرة يرابح اي يبيع مرابحة على خمسة ويقول قام علي
بخمسة وان شراه ثانيا بخمسة لا يرابح اصلا عند ابي ح وعندهما يرابح على الثمن
الاخير مطلقا اي في الفصلين لان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول
فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان باعه المشتري من اجنبي فاشتراه
من الاجنبي فانه يرابح على الثمن الاخير وقال ابو ح شبهة حصول الربح الاول
بالعقد الثاني ثابتة لان عقده الاول كان على شرف السقوط لجواز ان يرد عليه
بعيب فاذا اشتراه منه تاكد ما كان على شرف السقوط وللتاكيد حكم الايجاب نحو
العباد كما لو شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا ضمنوا نصف المهر له
لتاكد ما كان على شرف السقوط بردة المرأة او تمكين ابن الزوج واذا كان شبهة
الحصول ثابتة به صار كانه اشترى بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة
بازاء الخمسة والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة بخمسة احترازا عن شبهة الخيانة
فانها كحقيقتها احتياطا في المرابحة ولهذا لو كان لرجل على اخر عشرة دراهم فصالحه
منها على ثوب لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة لان مبنى الصلح على الحطيطة ولو وجد
الحط حقيقة ما جاز البيع مرابحة فكذا اذا تمكنت الشبهة بخلاف ما اذا تخلل ثالث
لان التاكيد حصل بغيره ولم يستفد ربح المشتري الاول بالشراء الثاني فانتفت الشبهة

وان اشترى عبد مأذون مديون بدين يحيط برقبته هكذا قيده محمد في الاصل واختاره
فخر الاسلام والصدر الشهيد ولم يقيده الطحاوي والاصح هو الاول لانه لو لم يكن مديونا
لم يصح بيعه من مولاه بعشرة دراهم مثلا وباع من سيده بخمسة عشر او بالعكس
اي السيد اشتراه وباعه من عبده كذلك يرابح السيد او العبد على عشرة لان في
كل من هذا العقد شبهة عدم العقد الثاني لكون العبد ملكا للمولى ولتعلق حق المولى بمال
العبد فصار كالبايع من نفسه فاعتبر عدما في حكم المرابحة لوجوب الاحتراز فيها
عن شبهة الخيانة واذا عدم البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وانما يبيعه
على الثمن الاول والمضارب بالنصف لو شرى ثوبا بعشرة وباع ذلك الثوب من
رب المال بخمسة عشر يرابح رب المال على اثني عشر ونصف لا على خمسة عشر
احترازا عن شبهة الخيانة لان بيعه من رب المال وان جاز عندنا عند عدم الربح
لاشتماله على فائدة استفادة ولاية التصرف في ماله بعد ما انقطعت بالتسليم
الى المضارب لكن فيه شبهة العدم لان البيع مبادلة المال بالمال وهذا انما يتحقق بمال
غيره لا بماله نفسه فلا يكون البيع موجودا ولهذا ذهب زفر الى عدم جوازه واذا كان
فيه شبهة العدم كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح لان ذلك حق رب
المال فيحط عن الثمن احترازا عن شبهة الخيانة ولا شبهة في اصل الثمن وهو
عشرة ولا في نصف المضارب فيبيع مرابحة على ذلك ويرابح بلا بيان لو اعورت
عند المشتري بآفة سماوية المبيعة وعن ابي يوسف لا بد من البيان فيها او وطئت
عنده وهي ثيب لانه لم يحبس ما يقابله الثمن لان سلامة العين ومنافع البضع
اوصاف لا يقابلها شيء من الثمن واعترض بان منافع البضع بمنزلة الجزء بدليل
ان المشتري اذا وطئها ثم وجد عيبا لم يتمكن من الرد وان كانت ثيبا وما ذلك الا
باعتبار ان المستوفى بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري ورد بان
عدم جواز الرد باعتبار انه ان ردها فاما ان يردها مع العقر او بدونه
لا سبيل الى الاول لان الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد والعقد لم يرد على الزيادة
فكذا الفسخ ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملك البايع وسلم الوطي للمشتري
مجانا والوطي يستلزم العقر عند سقوط العقد لا باعتبار احتباس جزء من المبيع

اعلم ان المراد بقوله بلا بيان انه لا يلزم ان يقول اشتريته بلا عيب ثم حدث العيب عندي
واما بيان نفس العيب فلا بد له او اصاب الثوب قرض فار وفي الكافي القرض بالفاء
وقيل بالقاف انتهى معناه القطع او حرق نار لانه ما فات بالقرض والحرق والا كان
جزء من المبيع يقابله شيء من الثمن لكن لم يحبس عنده وان فقئت عينها بفعل المشتري
او بفعل الاجنبي بامر المشتري او بغير امره او وطئت وهي بكر او تكسر الثوب من طيه
ونشره لزم البيان لانه احتبس عنده باتلافه جزء يقابله الثمن فلا بد من البيان
وان اشترى شيئا بالف مثلا نسيئة ورابح بمائة مثلا بلا بيان انه اشتراه نسيئة
خير المشتري بين الرد والقبول بجميع الثمن المسمى لان للاجل شبها بالمبيع فانه يزاد
في الثمن للاجل فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما ففيه شبهة
الخيانة ولا بد من الاحتراز عنها فان اتلفه المشتري ثم علم ان البايع اشتراه نسيئة
لزم كل ثمنه لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن في الحقيقة بل فيه شبهة المقابلة
فباعتبار هذه الشبهة كان له الفسخ ان كان المبيع باقيا احترازا عن شبهة الخيانة
وباعتبار الحقيقة لا يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك والا كان ما فرضناه شبهة
حقيقة وذلك باطل وكذا التولية فيما علم المشتري انه كان اشتراه باجل وباعه
اياه من غير بيان فله الخيار وان علمه بعد هلاكه لزمه بكل الثمن لما ذكرناه في
المرابحة قال في الزيلعي وهذا اذا كان الاجل مشروطا في العقد فان لم يكن مشروطا
فيه لكنه معتاد معروف بينهم انه يؤخذ منهم في كل جمعة قدر معلوم قيل لا بد
من بيانه لان المعتاد كالمشروط والجمهور على انه يبيعه مرابحة بلا بيان لان الثمن
حال بالعقد ولو اشترى ثوبين احترز به عن الكيلي والوزني والعددي فانه يجوز
فيها المرابحة بلا بيان بالاتفاق صفقة واحدة احترز به عما كان بصفقتين فانه
يجوز بالاتفاق كل بخمسة احترز به عما اذا لم يسم لكل واحد ثمنا فانه لا يجوز بالاتفاق
كره بيع احدهما مرابحة بخمسة بلا بيان لان الجيد قد يضم الى الردي لترويجه
فتمكنت الشبهة هذا عند محمد وقالا لا يكره لان ثمن كل ثوب معلوم ولا اعتبار
للجودة والرداءة مع تعيين الثمن فلا تهمة ومن ولى اي باع تولية بما قام عليه
ولم يعلم مشتريه قدره اي قدر ما قام عليه فسد العقد لجهالة الثمن وان علم في

المجلس صح البيع وخير المشتري بين الاخذ والترك اما الصحة فلعدم تقرر الفساد بعد
واما الخيار فللخلل بالرضاء لانه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية
للجهل بالصفات **فصل** لا يصح بيع المنقول نقلا حسيا قبل قبضه اي لا يصح
بيعه للبايع ولا للاجنبي كما صح ان النبي عم نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه انفساخ
العقد الاول على اعتبار هلاك المبيع في يد البايع وقد نهى النبي عم عن بيع الغرر وعورض
بان غرر الانفساخ متوهم بعد القبض ايضا باعتبار ظهور استحقاق المبيع وليس
بمانع واجيب بان عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص المذكور على خلاف القياس
وليس ما بعد القبض في معناه حتى يلحق به لان ما قبل القبض يتوهم فيه غرر الانفساخ
بالهلاك والاستحقاق وفيما بعده بالاستحقاق فقط ومعنى قبض المبيع تفريغه
بحيث يمكن للمشتري قبضه ويعتبر في صحته ثلاثة معان احدها ان يقول البايع
خليت بينك وبين المبيع الثاني ان يكون المبيع بحضرة المشتري بحيث يصل الى اخذه
من غير مانع الثالث ان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره كذا في الخلاصة والبزازية
وقال قاضيخان في فتاواه لو باع دارا وسلمها الى المشتري وفيها قليل متاع للبايع
لم يكن تسليما حتى سلمها فارغة انتهى وقال في شرحه على الزيادات لو باع دارا وسلمها
الى المشتري وفيها متاع البايع فانه يكون تسليما لان هذا بمنزلة الشيوع اودونه فيما
يحتمل القسمة والشيوع لم يمنع البيع بخلاف الهبة فان الشيوع يمنعها فيما يحتمل القسمة
الا ترى انه لو باع ثمره على راس النخل وخلى بينه وبينها صح التسليم ولو وهب الثمر على
وخلى لا يصح انتهى فعلم منه ان لزوم تفريغ المبيع عن متاع البايع في صحة تسليم
المبيع وقبضه مختلف فيه هذا في قبض نحو الدار واما في غيرها قالوا كان
ابو ح يقول القبض ان يقول البايع قد خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول
المشتري وهو عند البايع قد قبضته فان اخذ براسه وصاحبه عنده وقاده
فهو قبض سواء كان دابة او بعيرا وان كان غلاما او جارية فقال له المشتري
تعالى معي وامش معي فتخطى معه فهو قبض وكذا لو ارسله في حاجته وفي الثوب
ان اخذه بيده او خلى بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال قد خليت بينك
فاقبضه فقال المشتري قد قبضته فهو قبض انتهى فظهر منه ان مجرد تخلية البايع

لا يكفي ما لم يكن من المشتري شيء يدل على قبضه من قول او فعل وقال في قاضيخان اجمعوا
على ان التخلية في البيع الجائز يكون قبضا وفي البيع الفاسد روايتان والصحيح انه قبض
وفي الهبة الفاسدة لا يكون قبضا باتفاق الروايات واختلفوا في الهبة الجائزة
ذكر ابو الليث انه لا يصير قابضا بالتخلية في قول ابي يوسف وذكر شمس الائمة الحلواني
انه يصير قابضا ولم يذكر فيه خلافا انتهى والذي ظهر منه ان مجرد التخلية كافية
في القبض ويمكن التوفيق بينهما بالعناية وهل يلزم ان لا يكون المبيع شاغلا حق
الغير ففي قاضيخان ان كان شاغلا حق الغير كالحنطة في جوالق البايع او ما
اشبه ذلك فذلك لا يمنع التخلية بالاتفاق واختلف ابو يوسف ومحمد في التخلية
في دار البايع وقال ابو يوسف لا يكون تخلية وقال محمد يكون تخلية ومن ذلك
رجل باع خادما فقال البايع خليت بينك وبين الخادم فاقبضه والخادم في
منزل البايع فقال المشتري دعه الى الغد وابى ان يقبض فهلك الخادم فانه يموت
من مال المشتري عند محمد ومن مال البايع في قول ابي يوسف هذا ثم قال بعد ورقة
رجل اشترى ثوبا ولم يقبضه ولم ينقد الثمن فقال للبايع لا امنك عليه ادفعه
الى فلان فيكون عنده حتى ادفع اليك الثمن فدفعه البايع الى فلان فهلك عنده
كان الهلاك على البايع لان المدفوع اليه يمسكه بالثمن لاجل البايع فيكون يده
كيد البايع رجل اشترى جارية ولم يقبضها فقال للبايع بعها او وطئها او كان
طعاما فقال كله ففعل فان ذلك يكون فسخا للبيع اما الاكل والوطي فان البايع
لا يصلح نائبا عن المشتري في ذلك فجعل مجازا عن الفسخ حتى يكون واطئا واكلا
مال نفسه واما البيع فهو على وجوه ثلاثة ان قال البايع بعه لنفسك فباعه
يكون فسخا ولو قال بعه لا يجوز البيع ولا يكون فسخا ولو قال بعه ممن شئت
فباعه كان فسخا ويجوز البيع الثاني للمامور في قول محمد وقال ابو ح لا يكون فسخا
وهو كقوله بعه لي ولو اشترى ثوبا او حنطة فقال للبايع بعه قال ابو بكر محمد بن
الفضل ان كان ذلك قبل قبض المشتري وقبل الرؤية يكون فسخا وان لم يقل
البايع نعم لان المشتري ينفرد بالفسخ في خيار الرؤية وان قال بعه لي اي كن
وكيلي في الفسخ فما لم يقبل البايع ولم يقل نعم وكان ذلك قبل القبض والرؤية

لا يكون فسخا وان كان ذلك بعد القبض والرؤية لا يكون فسخا ويكون وكيلا بالبيع
سواء قال بعه او بعه لي باع المبيع من البائع قبل القبض لا يجوز البيع الثاني ولا ينفسخ
الاول ولو وهبه من الاول لا يجوز الهبة ايضا وينفسخ البيع اذا قبل انتهى ويصح في
العقار عندهما ان كان البيع الاول صحيحا والا فلا يجوز لان البيع بيعا فاسدا لا يملكه
المشتري قبل القبض وبيع ما لم يملكه باطل خلافا لمحمد عملا باطلاق ما روينا واعتبارا
بالمنقول وصار كالاجارة والهبة فانهما في العقار لا يجوز قبل القبض بالاتفاق
على ما صرح به في قاضيخان حيث قال اشترى دارا او عقارا فوهبها قبل القبض من
غير البائع لا يجوز عند الكل ولو اجرها قبل القبض من البائع او غيره لا يجوز عند
الكل ولهما ان ركن البيع صدر من اهله لكونه عاقلا بالغا غير محجور عليه ووقع في
محله وهو المملوك له والمانع وهو غرر الانفساخ مرتفع لانه باعتبار الهلاك
وهو في العقار نادر فصح بخلاف المنقول لوجود المانع فيه فان قيل لا نسلم ان المانع
في العقار مرتفع فانه يوجد بالرد بالعيب اجيب بانه لما جاز بيع العقار قبل القبض
صار ملكا للمشتري فلا يملك المشتري الاول الرد على بايعه وعلى تقدير جوازه
برده بقضاء القاضي وكلامنا في غرر الانفساخ وما ذكرتم غرر الفسخ والحديث
المذكور معلول به فلم يدخل فيه العقار فجاز بيعه قبل القبض عملا بالكتاب والسنة
والاجماع وتحقيقه ان الاصل ان يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزا
لعموم قوله تعالى واحل الله البيع لكنه لما خص منه الربوا بدليل مستقل مقارن جاز
تخصيصه بخبر الواحد ايضا وهو ما روينا انه عم نهى عن بيع ما لم يقبض فان كان
هذا معللا بغرر الانفساخ فلا يتناول العقار وهو المط وان لم يكن معللا به
فقد وقع التعارض بينه وبين دليل الجواز وذلك يقتضي التساقط والاعمال متعين
فيما امكن وقد امكن فيما اذا جعل معللا بذلك لثبوت التوفيق فجعلناه معللا فعملنا
بها فلا يتناول العقار والصداق وبدل الخلع لجواز التصرف فيها قبل القبض ايضا
ومسئلة الاجارة فخلافية ايضا ولو سلم انها اتفاقية لكن المعقود عليه في
الاجارة هو المنفعة وهلاكها غير نادر كالمنقول والقبض في الهبة شرط لانعقادها
ومن لم يكن قابضا لا يكون مقبضا قال في الخامس من بيوع الجواهر اذا باع عقارا

ملكه

ملكه لكن في يد لحز الفتوى على انه لا يصح عملا بقول محمد لانه لا يقدر على تسليمه ومن اشترى
كيليا فيه اشارة الى انه لو ملك كيليا بهبة او وصية او ارث يجوز له التصرف فيه قبل
الكيل بالبيع وغيره وكذا الحكم فيما اذا كان الكيلي والوزني ثمنا حيث يجوز التصرف فيه
قبل الكيل والوزن كيلا اي بشرط ان يكاليه لا جزافا لا يجوز له اي لهذا المشتري بيعه
ولا اكله حتى يكيله لما روي انه عم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان
صاع البائع وصاع المشتري قوله لا يجوز اعم من الفساد والاثم اي يفسد بيع هذا
المشتري على ما نص عليه في الجامع الصغير ويأثم باكله ومنه علم ان قوله لا يجوز
احسن من قول الكنز حرم بيعه لان عدم الجواز اعم من الفساد والاثم بخلاف الحرمة
قال في فتح القدير ان بيع المشتري فاسد ونص على الفساد في الجامع الصغير ونص
على انه لو اكله وقد قبضه بلا كيل لا يقال انه اكل حراما لانه اكل ملك نفسه الا انه
اثم لتركه ما امر به من الكيل وكفى كيل البائع بعد العقد احترز به عن كيل البائع قبل
العقد اذ لا عبرة به وان كان بحضرة المشتري لان الشرط صاع العاقدين على ما
رويناه قال في قاضيخان لو اشترى حنطة على انها كر فقال له البائع هي كر كلتها الآن
لفلان فلم يأخذها فخذها بعشرة فاخذها على ذلك قالوا لا يجوز له ان يتصرف
فيه حتى يكيل مرة اخرى وكذلك الموزون فان لم يكله حتى باعه من غيره بعد القبض
او طحنها واكل خبزها قالوا لا يطيب له لنهي النبي عم وقال الشيخ الامام ابو بكر محمد
بن الفضل النهي محمول على ما اذا لم يكن المشتري حاضرا وقت كيل البائع فان كان حاضرا
ورأى العين رأيا لا يحتاج الى الكيل بعد ذلك قال وكذلك الجواب في القصاب
والخباز اذا قال وزنت الآن لفلان وان لم يكن المشتري حاضرا يحتاج الى الوزن
مرة اخرى وان كان حاضرا حين وزنه البائع كفاه ذلك وفي الذرعيات اذا اشترى
ثوبا وقال له البائع هو عشرة اذرع ذرعته الآن وصدقه المشتري في ذلك
كفاه وفي العدديات روايتان بحضرته اي حضرة المشتري اذ لا عبرة لكيله
في غيبة المشتري او وكيله ولو بعد العقد معه لان الكيل من باب التسليم ولا تسليم
الا بحضرته هو الصحيح لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق التسليم وهو المقتضي
وانتفى المانع وهو احتمال الزيادة قيل انه لا يكفي بل لا بد فيه من كيل جديد لظاهر ما رويناه

قلنا انه محمول على ما اجتمع فيه الصفقتان على ما سيأتي في باب السلم ان من اسلم في كر فلما
حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه لم يكن قبضا وان امره
ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت فيه
الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين واعلم ان هذه المسئلة على اربعة اقسام
اشترى مكايلة او مجازفة وباع كذلك او اشترى مكايلة وباع مجازفة او بالعكس ففي الاول
لم يجز للمشترى الثاني ان يبيعه ويأكله حتى يعيد الكيل لنفسه كالمشترى الاول لما روينا
وفي الثاني لا يحتاج الى كيل لعدم الافتقار الى تعيين المقدار وفي الثالث لا يحتاج المشترى
الثاني الى كيل وفي الرابع يحتاج الى كيل واحد اما كيل المشترى او كيل البايع بحضرته
ومثله اي مثل الكيلي الوزني كالسمن والحديد لانه في معنى ما ورد فيه النص في احتمال
الزيادة على القدر المشروط فيلحق به دلالة والعددي فيما روى عن ابي ح وهو قول
الكرخي لما ذكرناه وعن ابي يوسف ومحمد انه ليس مثل الكيلي بل مثل الوزني على ما سيأتي
حكمه حتى جاز بيع الواحد بالاثنين لا المزروع لان الزرع وصف في الثوب فلا يقابله
شيء من الثمن فيكون الزيادة للمشترى فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص لان القدر فيه
مبيع لا وصف وصح التصرف في الثمن سواء كان مما لا يتعين كالنقود او مما يتعين
كالعروض حتى لو باع ابلا بدراهم او بكر من الحنطة جاز ان يأخذ بدله شيئا اخر هكذا
روى عن عمر مرفوعا ولان المطلق وهو الملك قائم فيه وصح للبايع الحط منه وصح
للمشترى الزيادة فيه اي في الثمن حال قيام المبيع لا بعد هلاكه في ظاهر الرواية لان
المبيع بعد الهلاك لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه اذ الاعتياض انما يكون في موجود
والشيء يثبت ثم يستند ولم يثبت الزيادة لعدم ما يقابله فلا يستند بخلاف الحط لانه
بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله لكونه اسقاطا والاسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله
فيثبت الحط في الحال ويلتحق باصل العقد استنادا وفي رواية الحسن عن ابي ح انه يصح
زيادة الثمن ولو بعد هلاك المبيع وكذا اي يصح الزيادة في المبيع قبل الهلاك وبعده اما الاول
فظ واما الثاني فلما ذكره محمد في المنتقى لو اشترى جارية وقبض فماتت فزاده البايع
جارية اخرى جاز لان هذه الزيادة تثبت في مقابلة الثمن والثمن قائم ولو زاد المشترى
في الثمن لم يجز لان الزيادة في جانبه تثبت مقابلة بالمبيع والمبيع هالك وهلاك المبيع يمنع

الزيادة

الزيادة في الثمن ولو اعتق المبيع او كاتبه او دبره او استولدها او نحر العصير او اخرج عن
ملكه ثم زاد عليه جاز عند ابي ح خلافا لهما وعلى هذا الخلاف الزيادة على مهر المرأة
بعد موتها قال في الخلاصة والبزازية الزيادة في الثمن والمثمن جائزة حال قيامها
سواء كانت الزيادة من جنس الثمن او من غير جنسه ولو بعد المدة ولا ينفعه الندامة
بعد الزيادة حتى يجبر المشترى على تسليمها ان ابى ويلتحق باصل العقد حتى يرد معها
ان رد وشرط زيادة الثمن بقاء المبيع وكونه محلا للتقابل في حق المشترى حقيقة
وجوز البقالي الزيادة في المبيع بعد هلاكه بخلاف الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية
ولو كانت جارية فاعتقها او انشاء فيها شعب العتق من التدبير والكتابة والاستيلاد
لا تصح الزيادة في الثمن كما لو باعها من غيره وهو قولهما وروى عن ابي ح انه يجوز
ولو اجرها او رهنها او اشترى شاة فذبحها يجوز الزيادة في الثمن لا بعد موت
الشاة لعدم بقاء المحل للبيع وفي الاول باق لقيام الاسم والصورة وبعض المنافع
ولحد عشر فصلا من المشترى يمنع الزيادة في الثمن اولها اذا كانت حنطة فطحنها
او دقيقا فخبزه او لحما فجعله قلية او سكباجة او جعلها اربا اربا او كان عبدا
فاعتقه او كاتبه او دبره او استولد الجارية او قطنا فغزله او غزلا فنسجه
الحادي عشر لو كانت جارية فماتت ولو فعل المشترى اثنى عشر فعلا ثم زاد يجوز
اولها المبيع لو كانت شاة فذبحها جازت الزيادة وان كان محلوجا. فيدقه او غير
محلوج فحلجه او كرباسا فخاطه خريطة من غير ان يقطعه او حديدا فجعله سيفا
او كانت جارية فرهنها او اجرها او اجر الارض ثم زاد في الثمن او باع المبيع ثم ان المشترى
لقي البايع فزاد في الثمن جاز او كانت الارض مزارعة وزاده رب الارض سدسا
في نصيب المزارع والبذر والكنور منه قبل ان يستحصد جاز وبعده لا ولا بد للزيادة
من قبول الاخر حتى لو لم يقبل وتفرقا عن المجلس قبل قبول الاخر بطلت الزيادة وكما تصح
من العاقدين تصح في الورثة ايضا وتصح الزيادة ايضا وان كانت مفسدة للعقد
والتحقت باصل العقد وتفسد العقد وعندهما لا يلحق باصل العقد ولا تصح الزيادة
وتصح الزيادة من الاجنبي ايضا لكنه ان امر المشترى يلزمه لا على الاجنبي كالصلح وان
كان بلا امره ان اجاز جاز وان رده بطلت ولو كان حين زاد ضمنها عن المشترى

او اضافها الى مال نفسه لزمت الاجنبي وان كان بامر المشترى رجع عليه وان لا بامره
لا يرجع والحط جائز في جميع المواضع جازت الزيادة او لا لكنه ان حط بعض الثمن التحق
بالعقد وان حط كله لا يلتحق وذكر شمس الائمة ان هبة الكل حط ايضا لكن لا يلتحق
باصل العقد وقالوا ان حط البعض انما يلتحق اذا لم يكن المحطوط بتعا او وصفا كمن باع
بالف جياد فنقد البائع زيوفا او بنهرجة ورضي به البائع او باع بالعبد لتسليم العبد
دارا فاعور العبد فاخذه البائع ورضي به فالشفيع ياخذ بالف جياد في الاول وبقيمة
عبد سليم في الثاني ولا يلتحق الوصف باصل العقد بخلاف ما لو حط بعض الثمن حيث
ياخذ الشفيع بالباقي وتعلق الاستحقاق بكل ذلك اي بكل من الاصل والزيادة
والحط حتى يملك البائع حبس المبيع حتى يستوفي الاصل والزيادة من الثمن ولا يملك
المشترى مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعهما اليه ويستحق المشترى مطالبة المبيع كله
بتسليم ما بقي بعد الحط واذا استحق المبيع يرجع المشترى على البائع بالاصل والزيادة
ثم اذا جازت الزيادة والحط وتعلق الاستحقاق بكل منهما التحق كل منهما باصل العقد
عندنا فصار كان العقد ورد ابتداء على الاصل والزيادة معا وقال زفر والشافعي
يصحان لا على طريق الالتحاق بل على طريق الصلة ابتداء حتى لا تتم الا بالتسليم لانه
لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا والا لزم ان يكون ملكه عوض ملكه لان المشترى ملك المبيع
بالعقد بما سمي ثمنا فالزيادة في الثمن يكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع وذلك
لا يجوز وفي الحط الثمن كله مقابل لكل المبيع فلا يمكن اخراجه عن ذلك فصار برا مبتدا
قلنا ان كلا من البائع والمشترى بالحط والزيادة غير العقد بتراضيهما من وصف مشروع
الى وصف مشروع لان البيع المشروع خاسر ورابح وعدل والزيادة في الثمن يجعل
الخاسر عدلا والعدل رابحا والحط يجعل الرابح عدلا والعدل خاسرا وكذلك
الزيادة في المبيع ولهما ولاية التصرف برفع اصل العقد بالاقالة فاولى ان يكون
لهما ولاية التغيير من وصف الى وصف ثم فرع على الالتحاق المفهوم من كلامه فقال
فمرابح ومولى اي بيع مرابحة وتولية على الكل ان زيد في الثمن او في المبيع وعلى ما بقي
من الثمن بعد الحط ان حط حتى لو قال المشترى وليتك هذا الشيء وقع عقد التولية
على ما بقي من الثمن وكذا الزيادة والشفيع ياخذ بالاقل في الفصلين اي فصل الزيادة

والحط

والحط لان حق الشفيع تعلق بالعقد الاول وفي الزيادة ابطال له وليس لهما ولاية
على ابطال حق الغير بتراضيهما ومن قال لآخر بع عبدك من زيد بالف اي طلب من آخر
شراء عبده بالف وهو لا يبيع الا بالف ومائة والمشترى لا يرغب الا بالف فجاء آخر
وقال بع عبدك هذا من زيد بالف على اني ضامن لك من الثمن سوى الالف فاخذ الالف
من زيد والزيادة منه اي من الضامن لانه التزم الزيادة بمقابلتها المبيع تسمية وصورة
فيضمنها والزيادة في الثمن من الاجنبي مشروعة بغير مال يقابلها بخلاف اصل الثمن
فانه لم يشرع الا في مقابلة المبيع فلم يجز من الاجنبي وان لم يقل من الثمن فالالف على
زيد ولا شيء عليه اي على الضامن لانه ليس ضامنا حقيقة لانه لما لم يقابل الزيادة
المبيع لا تسمية ولا صورة وهو مدار الضمان كما في الصورة الاولى فلا يضمن وكل
دين حال في اصله او غير حال اجل باجل معلوم صح اي لزم تاجيله خلافا لزفر
والشافعي اعتبارا بالقرض ولنا ان الثمن حقه فجاز ان يتصرف فيه بالتاجيل
رفقا لمن عليه الدين لانه يملك التصرف فيه بالابراء فلان يملكه بالتاجيل اولى
لكنه لا بد من قبول من عليه الدين حتى لو لم يقبله بطل التاجيل ويكون حالا على
ما في الاسبيجابي الا القرض لانه في الابتداء صلة وعارية فهو بهذا الاعتبار تبرع حتى
لا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ويصح بلفظ الاعارة ومعاوضة في
الانتهاء لان الواجب بالقرض رد المثل لا رد العين فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل
فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرعات وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير
بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا يقتضي فساد القرض لكن ندب اليه
واجمع الائمة على جوازه فاعتبرنا على الابتداء وقلنا بجوازه بلا لزوم الا في الوصية
اذا اوصى بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة يصح تاجيله ويلزم ان يقرضوه
من ثلث ماله ولا يطالبوه قبل المدة لانه من باب الوصية بالتبرع كالوصية
بالخدمة والسكنى ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها الا يرى انه لو اوصى
بثمرة بستانه لفلان صح ولزم وان كانت معدومة حال الوصية وكذا يصح التاجيل
فيما اذا احال المستقرض المقرض على آخر بدينه واجله المقرض مدة معلومة حتى
لو اراد المقرض ان يطالب المستقرض بذلك الدين ليس له ذلك لان الحوالة مبرئة

براءة الدين في رواية وبراءة المطالبة في اخرى على ما في العمادية ولا يصح التاجيل الى
اجل مجهول متفاحش كهبوب الريح ونزول المطر لافضائها الى المنازعة لان هذه الاوقات
قد تتقدم وقد تتاخر ويصح في المتقارب كالحصاد ونحوه من الدياس وغيره لان
الجهالة اليسيرة متحملة في الاجل بخلاف البيع على ما تقدم ويصح تعليق التاجيل بالشرط
فلو قال رب الدين لمن عليه الدين الف حالة ان دفعت الى خمسمائة فالخمسمائة الاخرى
مؤخرة عنك الى سنة فهو جائز كذا في البحر عن الذخيرة ولا يبطل التاجيل بموت البايع
ويبطل بموت المشتري ويصير الدين حالا ولو اجل الدائن وارث المشتري شهرا مثلا
لا يصح كذا في الخلاصة قال في بعد ما نقل عبارة الخلاصة وظاهره انه في كل دين
كذلك وذكره في القنية في القرض انتهى كلام البحر ثم قال لا يصح تاجيل المشتري
الشفيع في الثمن ولا التاجيل بثمن المبيع عند الاقالة والحاصل ان تاجيل الدين على ثلاثة
اوجه باطل وهو تاجيل بدلي الصرف والسلم وصحيح غير لازم وهو القرض والدين
بعد موت المديون وتاجيل الشفيع وثمن المبيع بعد الاقالة ولازم فيما عدا ذلك
باب الربوا هو في اللغة الزيادة ويقال في النسبة ربوى بكسر الراء وفتحها خطا
على ما في المغرب وفي الشرع هو فضل مال خال عن عوض احترز به عن نحو بيع كر بر
وكر شعير بكري بر وكري شعير فان للثاني فضلا على الاول لكنه غير خال عن العوض
لصرف الجنس الى خلاف جنسه فلا يلزم الربوا كذا في البحر شرط اي ذلك الفضل وقد
ارجع الشيخ علاء الدين الاسود في شرح الوقاية ضمير شرط الى العوض والصواب
ما قلنا لاحد العاقدين سواء كانا بايعين او مقرضين او راهنين قيد بالعاقدين احترازا
عن غير العاقدين حتى لو شرط الفضل لغير العاقدين لا يكون الفضل المشروط ربوا
في معاوضة مال بمال احترز به عن الفضل الخالي عن عوض في الهبة فانها تبرع والربوا
لا يجري في التبرعات اعلم ان المراد بفضل المال اعم من الفضل الحسي والفضل المعنوي
فيدخل فيه بيع الدراهم بالدراهم نسيئة مثلا بمثل وكذا دخل فيه ما لو تبايعا مثلا
بمثل يدا بيد لكن بشرط منفعة لاحد العاقدين بالرهن والاستخدام او الركوب او المزارعة
او اللبس او شرب اللبن او اكل الثمر او غيرها من الشروط الفاسدة فان كلها ربوا وكذا
البيع الى اجل مجهول لوجود الفضل الخالي عن العوض فيها على ما اشار اليه علاء الدين في

شرح

شرح الوقاية وذلك لان للنقد فضلا على النسيئة وكذا المشروط بشرط النفع فضلا عن
غير المشروط وهل يملك المشتري تلك الزيادة بالقبض مع كونها حراما ففي البحر نقلا
عن جمع العلوم وغيره ان المشتري يملك الدراهم الزائدة اذا قبضه فيما اذا اشترى درهمين
بدرهم فانهم جعلوه من قبيل البيع الفاسد ويؤيده ما ذكره الاصوليون بان الربوا وسائر
البيوع الفاسدة من قبيل ما كان مشروعا باصله دون وصفه وقال في البحر نصر
في الجامع الصغير على فساده لان سبب النهي عنه امر راجع الى المبيع انتهى وهل يبرا عن
الربوا بابراء صاحب الحق ففي اواخر كتاب المداينات من القنية انه قال لقال استاذنا
وقعت واقعة في زماننا ان رجلا كان يشتري الذهب الردي زماننا الدينار بخمسة
دوانق ثم بنيه فاستحل منهم فابراه عما بقي لهم عليه من الدينار حال كون ذلك مستهلكا
فكتبت انا وغيري انه يبرا وكتب ركن الدين الورنجاني الابراء لا يعمل في الربوا لان رده
لحق الشرع وقال اجاب به نجم الائمة الحكيمي معللا بهذا التعليل وقال هكذا سمعته
عن ظهير الدين المرغيناني قال فقرب من ظني ان الجواب كذلك مع تردد فكنت اطلب
الفتوى لاحو جوابي فعرض على علاء الائمة الخياطي فاجاب بانه يبرا اذا كان الابراء
بعد الهلاك وغضب من جواب غيره انه لا يبرا فازداد ظني بصحة جوابي ولم امحه
ويدل على صحته ما ذكره البزدوي في غناء الفقهاء من جملة صور البيع الفاسد
جملة العقود الربوية يملك العوض فيها بالقبض قال فاذا كان فضل الربوا مملوكا
للقابض بالقبض فاذا استهلكه على ملكه ضمن مثله فلو لم يصح الابراء ورد مثله
يكون ذلك رد ضمان ما استهلك لا رد عين ما استهلك وبرد ضمان ما استهلك
لا يرتفع العقد السابق بل يتقرر مفيدا للملك في فضل الربوا فلم يكن في رده فائدة
نقض عقد الربوا فكيف يجب ذلك حقا للشرع وانما الذي يجب حقا للشرع
رد عين الربوا ان كان قائما لا رد ضمانه انتهى كلام القنية فظهر منه صحة الابراء في الربوا
كما اجاب علاء الدين ثم حرمة الربوا ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع على ما بين
في المفصلات وعلته اي علة الربوا او حرمة الربوا او تحريم الزيادة او وجوب
المساواة التي يلزم عند فواتها الربوا ولكل ذهب والمراد بالعلة ما يضاف اليها ثبوت
الحكم بلا واسطة القدر اي الكيل او الوزن والجنس اي كلاهما معا قال في الخلاصة نقلا

عن شرح الطحاوي قال اصحابنا علة الربوا الكيل مع الجنس في المكيلات والوزن مع الجنس
في الموزونات فاذا اجتمعا حرم التفاضل والنساء واذا عدما حل التفاضل والنسا
وان وجد احدهما وعدم الاخر اما الكيل او الوزن حل التفاضل وحرم النسا واما
الجنس بانفراده حل التفاضل وحرم النساء عندنا فلو باع تفاحة بتفاحتين وحفنة
بحفنتين من الحنطة يجوز عندنا لعدم الكيل انتهى والاصل ههنا ما رواه في الصحيحين
واللفظ لمسلم انه عم نهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير
بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد او ازداد فقد ربى
وهو معلل في حق وجوب المماثلة بالاتفاق لان قوله عينا بعين يدا بيد يوجب
تعيين البدلين في هذه الاشياء احترازا عن شبهة الفضل لان النقد خير من النسئة
وقد وجدنا هذا الحكم اي وجوب التعيين متعديا عن بيع هذه النسئة الى غيرها حتى
وجب التعيين في بيع الحنطة بالشعير مثلا ايضا حتى لم يجز بيع حنطة بعينها
بشعير لا بعينه وان كان حالا وذكر الاوصاف وحتى شرط الشافعي التقابض في
المجلس في بيع الطعام بالطعام سواء اتحد الجنس او اختلف ليحصل التعيين فاذا ثبت
هذه التعدية باتفاقهم ثبت ان هذا النص معلل في حق وجوب التعيين اذ لا تعدية
بدون التعليل واذا ثبت كونه معللا في حق وجوب التعيين ثبت كونه معللا في
حق وجوب المماثلة بالاتفاق بدلالة الاتفاق الاول حتى يتعدى الى سائر الموزونات
والمكيلات الغير المنصوصة كالحديد والجص والارز لكن العلة عندنا هو القدر
مع الجنس وعند مالك هو الطعم والادخار مع الجنس فكل ما كان مقتاتا مدخرا يجري
فيه الربوا وما لا فلا وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان
والجنسية شرط فيها لعمل العلة وان الاصل عنده حرمة العقد في الاموال الربوية
عند المقابلة بجنسها والمساوات والتقابض في المجلس مخلص عن الحرمة لان الشارع
نص على الشرطين التقابض والمماثلة لانه قال يدا بيد مثلا بمثل منصوبان على الحال
والاحوال شروط وكل من هذين الشرطين يشعر بالعزة والخطر كالشهادة في النكاح فعلل
بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لكونه سببا لبقاء الانسان والثمنية لكونها
سببا لبقاء الاموال ولا اثر للجنسية في اظهار الخطر والعزة فجعلناها شرطا لتادية

العلة

العلة قلنا ان النص المذكور واجب المماثلة شرطا في البيع لما ذكرناه انه حال والاحوال
شروط وانما هو المقصود من سوق هذا النص اما لتحقيق معنى البيع فانه مبادلة مال
بمال والتبادل يحصل بالتماثل واما لصيانة اموال الناس عن التوى واذا ثبت وجوب
المماثلة شرطا لزم عند فواته حرمة الربوا لفوات شرط الحل ثم المماثلة بين الشيئين
انما يكون باعتبار الصورة والمعنى والقدر يسوي الصورة والجنسية تسوي
المعنى فيتحقق المماثلة بهما فيظهر كونهما علة للربوا ووجوب المماثلة فان قيل قد بين
ان المماثلة ثبت شرطا لجواز البيع وعللتموها بالقدر والجنس واثبات الشرط
بالتعليل لا يجوز لا اثباته ابتداء واما بطريق التعدية من اصل الى غيره فيجوز عند
جمهور الاصوليين واختاره فخر الاسلام واستدلوا عليه بان التعليل اي
القياس في الاسباب والشروط واقع والوقوع دليل الجواز وذلك لانه
قيس سببية القتل بالمثقل على سببية القتل بالمحدود وكذا قيس سببية اللواطة
على سببية الزنا على ما فصل في الاصول وما نحن فيه كذلك لان النص اوجب المماثلة
في الاشياء الستة شرطا فاثبتناها في غير هذه الاشياء تعدية فاذا ثبت وجوب
المماثلة ليظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا ولا عبرة في باب الربوا بالوصف حتى لا يلزم
المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصامت جيدها ورديها
سواء ولانه لا يعد تفاوتا عرفا حتى يجوز بيع الجيد بالردي اذا استوت الذاتان
صورة ومعنى وجعل الطعم والثمنية علة فاسد لانهما لما كانا من اعظم المنافع كان السبيل
فيها الاطلاق دون التحريم لشدة الحاجة اليها والحاجة اذا اشتدت اثرت في اباحة
الحرام فكيف تؤثر في حرمة المباح بل العادة الالهية جرت في التوسيع فيما كثر اليه
الاحتياج كالهواء والماء وعلف الدواب وغيرها ولانها قاصرة ولا يجوز التعليل
بالعلة القاصرة على ما في الاصول واذا ثبت ما ذكرنا فحرم بيع الكيلي والوزني بجنسه
متفاضلا لتحقق حقيقة الربوا بانتفاء الشرط وهي المماثلة او نسئة لتحقق شبهة
الربوا لان النقد خير من النسئة فيتحقق شبهة الفضل قال الاسبيجابي اتفقوا على
انه اذا انكر ربوا النسئة يكفر واختلفوا في كفر منكر ربوا الفضل فان ابن عباس
لا يرى الربوا الا في النسئة وروي عنه رجوعه ولو وصلية اي ولو كان الكيلي والوزني

الذي يبع بجنسه متفاضلا او نسيئة غير مطعوم كالجص والنورة من الكيلي والحديد و
النحاس والرصاص من الوزني بيع بجنسه متفقا لوجود العلة فيها اعني القدر والجنس
خلافا للشافعي فان بيعها يجوز عنده لعدم الطعم والثمنية وهي العلة عنده على ما ذكرناه
وحل بيعها بجنسها متماثلا لوجود الشرط وهي المماثلة في المعيار والوزن مع التقابض
انما شرط التقابض في النقدين لا في غيرها وانما الشرط في غيرها تعيين البدلين على
ما سيأتي او متفاضلا غير معيار عيبا رشرعي كحفنة بحفنتين وبيضة ببيضتين وتمرة
بتمرتين لان عدم الجواز لتحقق الفضل وتحققه يظهر بعد المساواة وهي انما يكون بالكيل
ولا كيل في الحفنة والحفنتين فينتفي المماثلة والفضل ولهذا لو اتلف الحفنة والحفنتين
تصير مضمونا عليه بالقيمة لا بالمثل لعدم دخوله تحت المعيار الشرعي ولو اتلف او غيب
مكيلة او موزونة لوجب مثلها فان المكيلات والموزونات كلها من ذوات الامثال
دون القيم وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة فلو باع خمس حفنات من الحنطة
بست حفنات منها ولم يبلغا نصف صاع جاز البيع عندنا لانه لا تقدير في الشرع
بما دون نصف صاع واما اذا كان احد البدلين بلغ نصف صاع والاخر لم يبلغه
فلا يجوز على ما في المبسوط فظهر منه انه لو باع كر بر بكر بر وزاد في احد الطرفين مقدار
حفنة او حفنتين من بر يجوز ولا يكون ربوا لان هذا المقدار لا يمنع المماثلة بين
الطرفين لعدم دخول هذا القدر تحت الكيل وانما يكون ربوا لو زاد في احد الطرفين
مقدار نصف صاع فصاعدا وبه صرح في باب الترجيح من كتب الاصول وهذا
اذا كان حالا واما في النسا فلا يجوز لوجود العلة المحرمة للنساء وهو الجنس حتى
لا يجوز بيع حفنة من بر بحفنتين منه لنساء ويجوز بيع حفنة من بر بحفنتين
من شعير نساء واذا ثبت ان علة الربوا ذات وصفين فان وجد الوصفان اي
القدر والجنس حرم الفضل والنساء بالبداهة لتحقق حقيقة الربوا وشبهها لوجود
العلة والمراد بالنساء ما في احد البدلين واما النساء في البدلين فحرام في مطلق
البياعات ربويا كان او لا لان النبي عم نهى عن بيع الكالي بالكالي وان عدما حلا
اي الفضل والنساء لعدم العلة المحرمة بمعنى ان الاصل في العقود الحل عندنا وقد منعت
عن العمل في الربويات لعلة الربوا وعند عدمها يظهر الحل الاصلي لا بمعنى ان العدم يثبت

شيئا

شيئا وهذا يشبه تخصيص العلة والتخلص معروف في الاصول وان وجد احدها فقط اما
القدر او الجنس حل التفاضل لان حرمته بالوصفين معا ولم يوجدا معا لا النسا لان
حرمتها باحدهما فقط وقد وجد ولا بد ان يستثنى منه سلم النقود في الزعفران والقطن
والحديد ونحوها فانه جائز مع وجود احد الوصفين وهو الوزن لانه وان جمعها الوزن
لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه اما الاول فلان الزعفران ونحوه يوزن
بالامناء وانه مثمن يتعين بالتعيين بخلاف النقود فيها اي في كونها موزونا بالامناء
وكونها مثمنا فانها توزن بالسنجات وانها لا تتعين بالتعيين لكونها ثمنا واما الثاني
فلانه لو باع الزعفران ونحوه بالنقود موازنة وقبضها البايع صح التصرف فيها
قبل الوزن واما الثالث فلانه لو باع الزعفران بشرط انه منوان مثلا وقبله
المشتري ليس له ان يتصرف فيه حتى يعيد الوزن فاذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى
وحكما لم يجمعها القدر من كل وجه فكانت الشبهة فيه بمنزلة شبهة الشبهة فان
الموزونين اذا اتفقا كان المنع للشبهة فاذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن
وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فلا يصح سلم هروي
في هروي لوجود الجنسية وكذا لا يصح بيع عبد بعبد الى اجل للجنسية ولا سلم بر
في شعير لوجود القدر قال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية
وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل بالاتفاق وحقيقة الفضل غير مانع عن الجواز
في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين والعبد بالعبدين فالشبهة اولى قلنا
ان في باب الربوا حقيقة وشبهة وان الشبهة اذا انفردت عن الحقيقة تحتاج الى محل
وعلة كالحقيقة ولا يجوز ان يكون محلها وعلتها محل الحقيقة وعلتها والا كانت
حقيقة او مقارنة لها واللازم باطل لانه خلاف المفروض ولما كانت العلة ذات
وصفين مؤثرين كان لكل منهما شبهة العلية فيثبت بكل منهما شبهة الحكم في كل ما يجري
فيه ربوا النسيئة كما في سلم هروي في هروي في الجنسية وفي سلم كر بر في كر شعير
في القدر والنقدية اوجبت فضلا في المالية على النسيئة فيتحقق شبهة الربوا في
محل صالح لعلة صالحة لها لان الحكم يثبت بقدر علته فان قيل ان كون ما يجري فيه
ربوا النسيئة في مال الربوا شبهة وكون النقدية اوجبت فضلا شبهة اخرى فيكون

شبهة الشبهة ولا عبرة بها قلنا الشبهة الاولى شبهة في المحل والثانية في الحكم وهذه
شبهة لحرى وهي التي في العلة وشبهتي العلة والمحل يثبتان شبهة لا شبهة الشبهة
وشرط التعيين اي تعيين البدلين لما روينا سابقا والتقابض في المجلس اي باليد
لا بمجرد التخلية على ما هو في الصرف وهو ما وقع على النقدين بما رواه البخاري
مرفوعا بيع الفضة بالفضة هاء وهاء اي يدا بيد والتعيين فقط في غيره اي غير
الصرف من الربويات خلافا للشافعي في بيع الطعام بجنسه اولا فانه اشترط
التقابض مطلقا للاطلاق قوله عم يدا بيد لان المراد به القبض بطريق الكناية ولانه
اذا لم يقبض في المجلس شيئا قبل القبض وللنقد مزية على النسيئة فيثبت شبهة الربوا
قلنا ان ما سوى النقدين مبيع يتعين بالتعيين فلا يشترط فيه القبض كالثوب
والعبد والدابة لان الفائدة المطلوبة بالعقد هي التمكن من التصرف وذلك يترتب على
التعيين فلا يحتاج الى القبض بخلاف الصرف لان القبض فيه للتعيين ومعنى يدا بيد
عينا بعين على ما ورد في بعض الروايات فيكون تفسيرا له لكونه محكما وما نص رسول
الله عم على تحريم الربوا فيه كيلا فهو كيلي ابدا وان ترك الناس فيه الكيل كالبر والشعير
والتمر والملح او نص على تحريمه وزنا فهو وزني ابدا كالذهب والفضة ولو تعورف بين
الناس بخلافه لان النص قاض على العرف لقوته وما لا نص فيه حمل على العرف كغير
الستة المذكورة لقوله عم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وعن ابي يوسف
انه اعتبر العرف مطلقا في المنصوص عليه وغيره وان كان على خلاف النص لان
النص على الكيل والوزن في ذلك الوقت ورد للعرف فكان المنظور اليه في ذلك
الوقت هو العرف وقد تبدلت فيجب ان يثبت الحكم على وفاق ذلك فعلى هذا لو باع
حنطة بجنسها مساويا وزنا او ذهبا بجنسه متساويا كيلا يجوز عنده اذا تعارفوا
ذلك ولا يجوز عندهما وان تعارفوا لتوهم الفضل على المعيار لكن يجوز السلم في
الحنطة ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوي لوجود السلم في معلوم فان المماثلة
ليست بمعتبرة فيه انما المعتبر فيه هو الاعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم
وكذلك كما يحصل بالكيل يحصل بالوزن ايضا وفي العناية انه لا يجوز في رواية
نقله عن المجرد وفي البحر والفتوى على الجواز وفي الكافي والفتوى على عادة الناس

فلا يجوز بيع البر بالبر متماثلا وزنا ولا الذهب بالذهب متماثلا كيلا عندهما كما لا يجوز
مجازفة لما ذكرنا من توهم الفضل ويجوز عند ابي يوسف في رواية وجاز بيع فلس
معين بفلسين معينين عندهما لان التعيين اخلافا لمحمد لان الثمنية في الفلس ثبت باصطلاح
الكل فلا يبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرهما فبقيت اثمانا وهي لا تتعين بالاتفاق
فصار كبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ
لا ولاية لغيرهما عليهما فيبطل باصطلاحهما كذلك فيتعين بالتعيين لانها يعود ان
عروضا عددية فيجوز لما روينا حتى يكون من قبيل بيع قطعة صفر بقطعتين
منه فلا يجوز واما بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير عينها وبيع فلس بعينه بفلسين
بغير عينها وبيع فلس بغير عينه بفلسين بعينها فغير جائز بالاتفاق ويجوز بيع الكرباس
بالقطن وكذا بالغزل كيف ما كان لاختلافهما جنسا لان الثوب لا ينقض حتى يصير
غزلا او قطنا ولان الثوب غير موزون والقطن والغزل موزون واختلفوا في جواز
بيع القطن بغزله قيل لا يجوز مطلقا لان القطن ينقص بالغزل فصار كالحنطة مع
الدقيق وقال ابو يوسف لا يجوز الا متساويا لان غزل القطن قطن وقال محمد انه
يجوز مطلقا لاختلافهما جنسا ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم ان الخالص
اكثر من الحب الذي في القطن حتى يكون قدره متقابلا به والزائد بالقطن وكذا
لو باع شاة على ظهرها صوف او في ضرعها لبن بصوف او لبن يشترط ان يكون اللبن او
الصوف اكثر مما على الشاة لما ذكرناه ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ح وابي يوسف
سواء باعه بحيوان من غير جنسه كبيع لحم البقر بالشاة فانه يجوز من غير اعتبار القلة
والكثرة او بحيوان من جنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط فانه يجوز اذا كان
اللحم اكثر او بحيوان من جنسه حيا وفيه خلاف محمد ولذا قال وعند محمد لا يجوز بيعه
بحيوان من جنسه مذبوحا غير مفصول عن السقط او حيا حتى يكون اللحم اكثر مما في
الحيوان من اللحم ليكون اللحم بمقابلة ما في الحيوان من اللحم والباقي في مقابلة السقط
لئلا يلزم الفضل بلا عوض ولهما انه باع الموزون وهو اللحم بما ليس بموزون وهو الحيوان
فيجوز كيف ما كان كبيع السيف بالحديد لوجود المقتضي وارتفاع المانع وهو الربط
لعدم العلة ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متحولا او لا متماثلا كيلا حالا لان متداخلات

العامل في الاول بيع وفي الثاني متماثلا وفائدة الثاني نفي توهم جواز المساوات وزنا لانه
لا يجوز لكونه كيليا على ما في العناية وقال في شرح النقاية نقلا عن الظهيرية انه لا يجوز وزنا
ايضا وعن محمد بن الفضل ان بيع الدقيق بالدقيق متماثلا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين
لا بالسويق اصلا اي لا يجوز بيع الدقيق بالسويق لا متساويا ولا متفاضلا لان الدقيق
اجزاء حنطة غير مقلية والسويق اجزاءها مقلية فكما لا يجوز بيع اجزاء بعضها بالاخر
لقيام الجنسية من وجه مع انتفاء المسوي فكذا لا يجوز بيع اجزاء بعض باجزاء بعض
اخر هذا عند ابي ح خلافا لهما لانهما جنسان لاختلاف المقصود بهما لان المقصود من الدقيق
اتخاذ الخبز ومن السويق لته بالسمن والعسل وكذلك اسمهما فاذا اختلف الجنسان
فبيعوا كيف شئتم قيل ان يكون يدا بيد والجواب ان معظم المقصود وهو التغذي يشملهما
وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير المقلية والعلكة بالمسوسة وكذا اي يجوز بيع الرطب
بالرطب متماثلا كيلا خلافا للشافعي لانه ربوي يتفاوت في اعدل الاحوال اي عند
الجفوف فلا يجوز كالحنطة بالدقيق قلنا انه بيع التمر بالتمر متساويا فيجوز وكذا يجوز
بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب متماثلا كيلا لانه متفاضلا لا يجوز بالاتفاق خلافا
لهما في المتماثل لقوله عم في حديث سعد بن وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر قال
اينقص اذا جف فقيل نعم فقال عم لا اذا فاشار الى اشتراط التماثلة في اعدل الاحوال
وهو ما بعد الجفاف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك ولابي ح انه عم الرطب تمر حين
اهدي رطبا فقال او كل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا في الاشياء الستة
ولان الرطب اما تمر او لا فان كان الاول فيجوز بيعه باول ما روينا وهو التمر بالتمر وان كان
الثاني فيجوز بيعه باخر ما روينا اعني اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما
رواه زيد بن عياش وهو ضعيف ولو سلم انه قوي لكنه خبر واحد لا يعارض ما روينا
من المشهور فان قيل فعلى هذا الترديد يلزم جواز بيع المقلية بغير المقلية لان المقلية
اما ان تكون حنطة فيجوز باول الحديث او لا يكون فيجوز باخره اجيب عنه تارة بان
ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم لكن الحجة لا تتم به بل بما بينا من اطلاق
اسم التمر عليه فقد ثبت ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين تنعقد صورتها الى
ان يدرك والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره والحنطة لا تطلق على المقلية

والحري

واحري بان يقال انه حنطة وقوله فيجوز باول الحديث قلنا انما جاز ان لو ثبت المماثلة بينهما
كيلا ولا تثبت لما قيل ان المقلي صفة يعدم عليها الاعواض فصار كمن باع قفيزا بقفيز
درهم فان قيل هذا راجع الى التفاوت في الوصف وهو ساقط العبرة كالجودة اجيب
عنه بان التفاوت الراجع الى صنع الله ساقط بالحديث واما التفاوت الراجع الى صنع
العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد والنسيئة فكل تفاوت يبتني على صنع العباد فهو
مفسد كما بيع في المقلية بغير المقلية والحنطة بالدقيق وكل تفاوت خلقي فهو ساقط
العبرة كما في بيع الرطب والتمر والجيد والردي والمص اجرى الخلاف المذكور في بيع العنب
بالزبيب كما في بيع الرطب بالتمر بلا فرق على ما هو المشهور في الروايات وقيل بيع العنب
بالزبيب لا يجوز بالاتفاق اعتبارا ببيع الحنطة المقلية بغيرها وذكر في العناية
ان هذه الرواية تقوي قول من قال ان الحجة المذكورة لابي ح انما تتم باطلاق اسم التمر
عليه فان النص لما ورد باطلاق التمر على الرطب جعلا نوعا واحدا فجاز البيع مثلا
بمثل ولم يرد باطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعي المفسد كما
في المقلية بغيرها وكذا اي يجوز بيع البر رطبا او مبلولا بمثله اي رطبا برطب ومبلولا بمبلول
او باليابس اي بيع البر رطبا او مبلولا باليابس وكذا يجوز بيع التمر او الزبيب منقعين
من انقع اذا القي في الخابية ليبتل ويخرج منه الحلاوة بمثلهما اي بالمنقعين على ما هو
الظ من كلامه وفيه اشارة الى انه لا يجوز بيعهما منقعين باليابس منهما وهو مذهب
محمد ويجوز عندهما على ما صرح به في البحر وشرح النقاية متساويا اي كيلا فيه لجميع ما
ذكر بعد قوله وكذا بيع البر هذا عندهما خلافا لمحمد وهو يعتبر المساوات حال الجفاف
ومفزعه ما رويناه من حديث سعد وابو ح يعتبر المساوات في الحال عملا باطلاق
ما روينا في الاشياء الستة وكذلك ابو يوسف الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب
بالتمر عملا بحديث سعد وفي الخلاصة والبزازية ان الرواية محفوظة عن محمد
ان بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة انما لا يجوز اذا انتفخت واما اذا ابتلت من ساعتها
يجوز اذا تساويا ويجوز بيع لحم حيوان كشاة وبقر مثلا بلحم حيوان غير جنسه
كبعير مثلا متفاضلا لعدم الجنسية فلا يتحقق العلة المحرمة بخلاف لحم الطيور
حيث يجوز بيع بعضها ببعض مطلقا مع اتحاد الجنس لانه ليس بوزني ولا كيلي عادة

قلم يبينا وله القدر الشرعي فيجوز مطلقا وكذا اللبن اي يجوز بيع لبن حيوان بلبن غير جنسه
لما ذكرناه وقال الشافعي لا يجوز لان المقصود من اللحم التغذي فيتحد الجنس قلنا اختلاف اللحم
تابع لاختلاف الحيوان فلما اختلف الحيوان جنسا على ما هو الغرض اختلف لحمه ولبنه
ايضا والجاموس مع البقر نوع واحد وكذا المعز مع الضان والبخت مع العراب والاصل
فيه ان كل ما يكمل به نصاب الاخر من الحيوان في الزكوة لا يوصف باختلاف الجنس
وكل ما لا يكمل به نصاب الاخر فهو يوصف باختلاف الجنس ويجوز بيع خل بالمهملة
العنب بخل الدقل بفتحتين وهو ردي التمر متفاضلا اذا كان يدا بيد وكذا حكم سائر
الثمور والكلام خارج مخرج الغالب وانما جاز للاختلاف بين اصليهما وكذا يجوز بيع
شعر المعز بصوف الغنم متفاضلا لاختلافهما جنسا باختلاف المقاصد لان اختلاف
المقاصد كالتبدل بالصفة في تغيير الاجزاء مع اتحاد الاصل وكذا يجوز بيع شحم
البطن بالالية او باللحم متفاضلا لاختلاف الجنس باختلاف الصور والمعاني والمنافع
اختلافا فاحشا وكذا يجوز بيع الخبز بالبر او الدقيق او السويق وان كان وصلية
احدهما نسيئة وبه يفتى بيع الخبز بالبر او الدقيق او السويق اما ان يكون حال كونهما
نقدين او احدهما نقد والاخر نسيئة فان كان الاول جاز لاختلاف الجنس بالصنعة
لان الخبز صار بالصنعة عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا والبر والدقيق
والسويق مكيل فيجوز البيع ولو متفاضلا على الاصح وهو المختار للفتوى وعن ابي حـ
انه لا يجوز وان كان الثاني فاما ان يكون البر والدقيق والسويق نسيئة او الخبز
نسيئة فان كان الاول جاز لانه اسلم موزونا في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة
مقداره وان كان الثاني جاز ايضا عند ابي يوسف لانه اسلم في موزون ولا يجوز
عندهما لانه يختلف باعتبار الصورة طولا وعرضا وغلظا ورقة وباعتبار الخباز
والتنور والفتوى على قول ابي يوسف لحاجة الناس اليه لكن يجب ان يحتاط في
القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي كيلا يصير استبدالا بالسلم فيه قالوا
والاحسن فيما اذا اراد دفع البر الى الخباز واخذ الخبز متفرقا ان يبيع خاتما او سكينا
مثلا من الخباز بقدر ما اراد من الخبز ويجعل الخبز الموصوف بصفة معلومة
ثمنا حتى يصير دينا في ذمة الخباز ويسلم الخاتم اليه ثم يشتري الخاتم بالبر كذا

في خزانة الفتاوى ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا متساويا لقوله عم جيدها
ورديها سواء ولانه لا يعتد تفاوتا عرفا على ما ذكرناه وكذا لا يجوز بيع البر بالتمر متفاضلا
لانه تمر لان التمر اسم لثمرة النخل من اول ما ينعقد صورته فيتحد الجنس فيحرم الفضل ويجوز
متساويا كيلا يدا بيد بالاجماع لوجود المقتضي وارتفاع المانع ويجوز بيع الكمرى متساويا
متفاضلا يدا بيد لانه ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة بل هو عددي متفاوت
على ما في العناية ولا يجوز بيع البر بالدقيق او بالسويق او بالنخالة مطلقا اي
لا متفاضلا ولا متساويا لشبهة الربوا لانها مكيلة وهو النظر والمجانسة باقية
من وجه لان الجنس يختلف باختلاف الاسم والصورة والمعاني وقد اختلف حيث زال
عنه اسم البر وتبدل الصورة والمعاني لان ما يعني من البر لا يعني من الدقيق والسويق
والنخالة وربوا الفضل بين البر والبر قد كان ثابتا قبل الطحن للجنسية وبعده ما زالت
الجنسية من وجه دون وجه وقع الشك في زوالها واليقين لا يزول بالشك فان قيل
انها اما بر او لا والثاني يوجب الجواز مطلقا اي متساويا او متفاضلا والاول يوجب
الجواز متساويا اجيب بان المساواة انما يكون بالكيل والكيل غير مسبوق بينها
وبين البر لاكتنازها وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل قيل
حرمة الربوا حرمة تتناهى بالمساوات في الاصل وعلى ما ذكرتم في هذا الفرع
حرمة لا تتناهى فصار مثل ظهار الذمي حيث لا يتناهى بالكفارة لعدم اهلية الكافر
بالكفارة واجيب بان حرمة الربوا تتناهى بالمساوات في الحقيقة او في الشبهة
والثاني ممنوع فان حرمة النساء لا تتناهى بالمساوات والاول مسلم لكن ما نحن فيه من
قبيل الثاني قيل ويجوز ان يقال الحرمة تتناهى بالمساوات فلا بد من تحققها وفيما
نحن فيه لا يتحقق ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت
والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم ليكون الزيادة في بالشجير بالثاء المثلثة
الفوقية ثفل كل شي يعصر على ما في المغرب اعلم ان المجانسة بين الشيئين يكون تارة
باعتبار العين واخرى باعتبار ما في الضمن ولا يعتبر الثاني مع وجود الاول حتى
جاز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن واذا عدم
الاول يعتبر الثاني حتى لم يجز بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا القبيل

فاذا بيع احدهما بالآخر فاما ان يعلم كمية ما يستخرج من الزيتون اولا والثاني لا يجوز لتوهم
الفضل والاول اما ان يكون المنفصل اكثر اولا والثاني لا يجوز لتحقق الفضل وهو
بعض الزيت والثجير ان نقص المنفصل من المستخرج من الزيتون والثجير وحده
ان ساواه على تقدير ان يكون الثجير ذا قيمة والا كما الزبد بعد اخراج السمن منه
اذا كان السمن الخالص مثل ما في الزبد من السمن فانه يجوز هو المروي عن ابي ح
والاول جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع والشيرج بالسمسم والجوز بدهنه
واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار فان قيل ان
السمسم مثلا يشتمل على الشيرج والثجير فاما ان يكون المجموع منظورا اليه من حيث
هو كذلك فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقا لان الشيرج وزني والسمسم كيلي
او من حيث الافراد فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهن
والثجير الى خلاف جنسه كما اذا باع كر حنطة وكر شعير بثلاثة اكرار حنطة وكر
شعير او يكون احدهما اما الدهن او الثجير منظورا اليه فقط والثاني منتفع عادة
والاول يوجب ان يقابل الثجير بشيء من الدهن وليس كذلك اجيب بان المنظور اليه
هو المجموع من حيث الافراد ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا وقوله صرفا
لكل واحد من الدهن والثجير الى خلاف جنسه قلنا ذلك ان كانا منفصلين
خلقة كما في مسئلة الاكرار لظهور كمال الجنسية والدهن والثجير ليسا كذلك
ولا يستقرض الخبز اصلا اي لا وزنا ولا عددا عند ابي ح لتفاوته بالطول والعرض
والرقة والغلظ وبالخبازين والتنور وعند ابي يوسف يجوز وزنا لا عددا
للتفاوت المذكور في احاده وبه يفتى لحاجة الناس اليه والوزن يزيل التفاوت
الفاحش وعند محمد يجوز عددا ايضا للتعامل فيه وهو قاض على القياس وفي
شرح المجمع الفتوى على قول محمد ورواه ابن الهمام حسنا وقال في الجوهرة ثلاث من
الدناءة استقراض الخبز والجلوس على باب الحمام والنظر في مرآة الحجام انتهى قلت
وكذا في مرآة الحلاق وفي المجتبى باع رغيفا نقدا برغيفين نسيئة يجوز ولو كان
الرغيفان نقدا والرغيف نسيئة لا يجوز ولو باع كسرات الخبز يجوز نقدا
ونسيئة كيف ما كان كذا في البحر ولا ربوا بين السيد وعبده المأذون الذي

لا دين عليه يحيط برقبته لانه وما في يده لمولاه ولم يتعلق حق احد به فلا يتحقق البيع
فلا ربوا واذا كان مديونا تحقق الربوا لان ما في يده ليس ملكا لمولاه عند ابي ح وعندهما
وان كان ملكه لكن لما تعلق به حق الغرماء صار كالاجنبي فيتحقق شبهة الربوا وهي
كالحقيقة في وجوب الاجتناب كما يتحقق بين المكاتب ومولاه وفي الزيلعي عن المحيط
لا ربوا بينهما وان كان مديونا لان له ان يأخذ كسب عبده المديون بعوض بعد له
استخلاصا بغير شرا فجعل اخذا بهذا الطريق الا اذا اخذ منه درهمين بدرهم يرد
الدرهم الزائد على العبد لانه اخذه بغير عوض لا للربوا بخلاف المكاتب لان حق المولى
لا يظهر في حق كسب المكاتب وفي البحر والتحقيق انه لا ربوا بينهما مطلقا وان كان
العبد مديونا مستغرقا لكنه يرد الزائد عليه مما اخذه بلا عوض لتعلق حق الغرماء
به لا للربوا كما لو اخذ منه شيئا بغير عقد وفي ماذون المحيط اذا اخذ المولى من
كسب المأذون شيئا ثم لحقه دين سلم للمولى ما اخذه وان كان عليه دين يوم
الاخذ ولو قليلا لم يسلم له ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند ابي ح ومحمد
خلافا لابي يوسف والشافعي لهما الاعتبار بالمستأمن من اهل الحرب في دارنا
بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض فانه اذا دخل الحربي دارنا بامان وباع
درهمين بدرهم لا يجوز فكذا اذا دخل المسلم ارض الحرب وفعل ذلك لا يجوز
لما ذكرناه ولابي ح ومحمد ما رواه مكحول عن النبي عم انه قال لا ربوا بين المسلم والحربي
في دار الحرب ذكره محمد ولان مال اهل الحرب في دارهم مباح بالاباحة الاصلية
والمسلم المستأمن انما منع من اخذه بعقد الامان حتى لا يلزم الغدر فاذا بذل الحربي
ماله برضاه زال المعنى الذي حظر لاجله والجواب عن قياسهما ان مستأمنهم
في دارنا لا يحل لاحد منا اخذ ماله مجانا لانه صار محظورا بعقد الامان
ولهذا لا يحل تناول ولده بعد انقضاء المدة ولو اسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر
الينا فهو كالحربي عند ابي ح لان ماله غير معصوم عنده فلا يجري فيه الربوا
واما اذا هاجر الينا ثم عاد اليهم لم يجز الربوا معه لكون احراز ماله بدارنا فكان
من اهل دار الاسلام كذا في البحر

باب الحقوق والاستحقاق

قيل كان
من حق مسائل هذا الباب ان يذكر في الفصل المتصل باول كتاب البيوع الا

ان المص التزم ترتيب الجامع الصغير الذى التزمه فى الهداية ايضا ولان الحقوق توابع
فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع يدخل العلو والكنيف فى بيع الدار بلا ذكر شى
من الالفاظ الثلاثة الاتية ذكرها لان الدار اسم لما ادير عليه الحدود والعلو والكنيف
ليس بخارج عنها وانما هو من توابع الاصل واجزائه لا الظلة وهى السدة التى فوق
الباب على ما فى المغرب وفى الجامع الصغير لقاضيخان ظلة الدار هى الساباط الذى
يكون احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الاخر على دار اخرى او على الاسطوانات
فى السكة ومفتحه فى الدار وهذا ليس مراده هنا الا بذكر واحد من هذه الثلاثة
وهو كل حق هو لها او بمرافقها او بكل قليل وكثير هو فيها او منها هذا عند ابى ح لانها خارجة
عن الحدود مبنية على هوى الطريق فصارت كالطريق على ما هو المناسب لما ذكرنا
من المغرب وعندهما تدخل ان كان مفتحها فى الدار لانه من توابعه فشابه الكنيف
وقوله ان كان مفتحه فى الدار لا يناسب ما ذكرناه من الجامع الصغير لقاضيخان
لانه قال ومفتحه فى الدار ولا يدخل العلو فى شرى منزل وهو ما بين الدار
والبيت يتاتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور فيه لعدم اشتماله على منزل الدواب
كذا فى العناية وقال المطرزى المنزل فى عرف الشرع دون الدار وفوق البيت واقله
بيتان وقال فى النهاية انه اسم لما اشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل
مع عياله والدار اسم لما اشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف الا بذكر نحو
كل حق هو لها او بمرافقها او بكل قليل او كثير هو فيها لانه لما كان بين الدار والبيت
اخذ حظا من الجانبين فاشبه بالدار يدخل العلو فيه عند ذكر احد هذه الثلاثة
ولتشبهه بالبيت لا يدخل بدونه قال فى الكفاية هذا التفصيل فى عرف الكوفة
واما فى عرفنا فيدخل العلو فى بيع كل مسكن صغيرا كان او كبيرا يسمى بخانه الا دار
السلطان فانها تسمى بسراى ولا فى شرى بيت وان وصل به ذكر كل حق او بمرافقه
او بكل قليل او كثير اى هذه العبارات الثلاث وذلك لان البيت اسم لما يبات فيه
والعلو مثله والشئ لا يتضمن مثله فلا يدخل فيه الا بالتخصيص بذكره والا لكان
الشئ تابعا لمثله وذلك لا يجوز وقيل يدخل العلو فى كل من الدار والمنزل والبيت
فى عرفنا ولا يدخل فى شرى بيت او منزل او مسكن فى دار الطريق والمسيل والشرب

الا بذكر نحو كل حق او بمرافقه او بكل قليل او كثير لانها خارجة عن الحدود لكنها من
التوابع فلم يدخل فيه نظرا الى الاول ودخل بذكر واحد من هذه العبارات الثلاث
نظرا الى الثانى ويدخل كل من الطريق ومسيل الماء والشرب فى الاجارة للدار او
المنزل او البيت بدون ذكر واحد من العبارات المذكورة فان الطريق فى اجار الدار
والمسيل والشرب فى اجار الاراضى داخلة لان الاجارة تنعقد لتمليك المنافع
والانتفاع بدون هذه الثلاثة لان مقصود المشترى قد يكون مجرد تجارة فيحصل
الفائدة المطلوبة بالتجارة بدون الثلاثة والرهن كالاجارة وبعض مسائل هذا
الباب تقدم بيانها فى فصل اول الكتاب فارجع اليه **فصل** فى بيان ما يتعلق
بالاستحقاق وهو طلب الحق فناسب ذكره عقيب ذكر الحقوق ولما لم يكن لطالب
الحق بد من البينة او الاقرار بدا بذكرها فقال البينة حجة متعدية فى حق العامة
لان حجيتها بقضاء القاضى وللقاضى ولاية عامة فكذا البينة حتى لو استحق المبيع
ببينة يرجع المشترى على البائع ويرجع الباعة بعضهم على بعض فتصير حجة فى حق
الكل قال فى العناية والكفاية والزيلعى ان البينة حجة مطلقة فى حق الناس كافة
والذى ظهر منه ان معنى التعدى ان يكون القضاء بها قضاء على كافة الناس فى
كل شئ قضى به بالبينة وليس كذلك بل انما يكون القضاء على الكافة فى حق العتق
على ما صرح به فى الخلاصة حيث قال القضاء بحرية العبد قضاء فى حق الناس كافة
انتهى وفى حق النكاح والنسب وولاء العتاقة على ما صرح به فى الخلاصة الصغرى
حيث قال اذا قضى القاضى لانسان بنكاح امراة او بنسب او بولاء عتاقة ثم ادعاه
الاخر لا تسمع انتهى واما فى حق الوقف ففيه خلاف ففى الخلاصة والقضاء بوقفيه
موضع هل يكون قضاء على الناس كافة اختلف المشايخ فيه وفى كتاب الدعوى
ارض فى يد رجل ادعى رجل ان هذه الارض او الدار وقف من جهة فلان على جهة
كذا وانه متولى ذلك الوقف وذكر الشرائط واثبت بالبينة وقضى القاضى بالوقفية
ثم جاء رجل وادعى ان هذه الارض ملكه وحقه تسمع بخلاف العبد اذا ادعى العتق
على انسان وقضى القاضى بالعتق ثم ادعى رجل ان هذا العبد ملكه لا تسمع لان القضاء
بالعتق قضاء على جميع الناس كافة بخلاف الوقف قال الصدر الشهيد لم ار لهذا رواية

ولكن سمعت ان فتوى السيد ابي شجاع على هذا وفي فوائد شمس الائمة الحلواني وركن الاسلام
على السغدي ان الوقف كالعتق في عدم سماع الدعوى بعد قضاء القاضي بالوقفية لان
الوقف بعدما صح بشرائطه لا يبطل الا في مواضع مخصوصة هكذا في البحر وصحح في
العمادي ان القضاء بالوقفية ليس قضاء على الكافة فتسمع فيه دعوى الملك والحاصل
ان القضاء بها بالحرية والنكاح والنسب والولاء قضاء على الكافة بالاتفاق وفي الوقف
ليس كذلك بل يقتصر على الاصح واما القضاء بالملك فهو قضاء على المدعى عليه وعلى
من تلقى الملك من جانبه وهو البائع اذا قضى بها على المشتري فهل يصير البائع مقضيا عليه
بذلك القضاء ففيه تفصيل ان قال المشتري في جواب دعوى المدعي هذا ملكي لاني
اشتريته من فلان يعني البائع صار البائع مقضيا عليه حتى لا تسمع دعوى البائع
هذا المحدود ويرجع المشتري بالثمن اما اذا قال في الجواب ملكي ولم يزد عليه لا يصير
البائع مقضيا عليه والارث كالشراء على ما نص عليه في الجامع الكبير وصورتها
دار في يد رجل يدعي انها له فجاء اخر وادعى انها له ورثها من ابيه واقام البينة وقضى
القاضي له على ذي اليد بها ثم جاء اخ المقضي عليه وادعى ان هذه الدار كانت لابيه
وتركها ميراثا له بين الاخ المقضي عليه وبينه يقضي للاخ المدعي بنصف الدار لان
الاخ المقضي عليه الاول ذي اليد لم يقل في الجواب ملكي لاني ورثتها من ابي فلم يصر
الاخ الاخر مقضيا عليه فتسمع دعواه قال في الدرر من باب الاستحقاق الحكم في
الحرية الاصلية حكم على الكافة حتى لا تسمع دعوى الملك من احد وكذا العتق وفروعه
لان الحرية حق الله تعالى واما الحكم بالحرية في الملك المورخ فعلى الكافة من التاريخ لا قبله
وصورته اذا قال زيد لبكر انك عبدي ملكتك منذ خمسة اعوام فقال بكر اني كنت عبد
بشر ملكني منذ ستة اعوام فاعتقني فبرهن عليه اندفع دعوى زيد ثم اذا قال عمرو
لبكر انك عبدي ملكتك منذ سبعة اعوام وانت ملكي الان فبرهن عليه يقبل ويفسخ
الحكم بحريته ويجعل ملكا لعمرو وبه صرح الامام قاضيخان في اول البيوع من شرح الزيادات
حيث قال القضاء بالعتق في الملك المورخ قضاء على كافة الناس من وقت التاريخ لا
قبله والاقرار حجة قاصرة لانه لا يتوقف على القضاء بل هو حجة بنفسه وللمقر ولاية
على نفسه دون على غيره فيقتصر عليه حتى لو استحق المبيع باقرار المشتري لا يرجع المشتري

على البائع بالثمن ولا الباعة بعضها على بعض ولو اقر الموجر ان الدار لغيره لا تفسخ الاجارة
وفي الفصولين لو استحق المبيع وبرهن المدعي ثم اقر المدعى عليه بالملك يقضى له بالاقرار
لا بالبينة اذ البينة انما تقبل على المنكر لا على المقر وفيه لاختلاف المشايخ فقيل بالبينة
والاول اظهر واقرب الى الصواب انتهى واعترض على كون الاقرار قاصرا بمسئلتين
احديهما اذا اراد الزوج ان يسافر بامرأته فاقرت بدين لانسان فانه يمنعها عن
السفر وثانيهما اذا اقر الموجر بدين يصح وينفسخ الاجارة ففي الصورتين لم يقتصر
الاقرار على المقر والجواب عنه بوجوه الاول لا نسلم ان المرأة والموجر يصدقان في اقرارها
في حق الزوج والمستاجر على ما هو المذهب عند ابي يوسف ومحمد حتى لا يكون للمقر له حبسها
وملازمتها ولا يبطل حق الزوج في نقلها ولا تنقض الاجارة على ما ذكره العتابي في شرح
الزيادات وانما يصدقان في قول الامام والثاني ان المرأة والموجر يقدران على الانشاء
بالاستقراض فكذا يملكان على الاقرار لانه تصرف في ذمة نفسهما والثالث ما ذكره العمادي في
ان اقرار الانسان على غيره لا يصح وذلك بان يتضمن اقراره بطلان حق الغير بحيث يضاف
البطلان الى اقراره ففي مسئلة الاجارة انما يصح اقراره لانه تصرف في ذمة نفسه
بالتزام الدين ثم تعدى الى حق المستاجر وحقه انما يبطل بعد الاقرار فلا يضاف البطلان
الى اقرار الموجر فلا يكون اقرارا على الغير وكذا مسئلة المرأة انتهى والتناقض يمنع دعوى
الملك لان القاضي لا يمكن له ان يحكم باحد المتناقضين لعدم الاولوية فتساقطا وهذا
معنى المنع وهل يلزم كون كلا الدعويين المتناقضين عند القاضي في تحقق التناقض او يكفي
كون احديهما عنده ففيه خلاف بينهم ففي البزازية نقلا عن الاجناس والصغرى ادعى
محدودا بشراء او ارث ثم ادعاه ملكا مطلقا لا يسمع اذا كان الدعوى الاولى عند القاضي
واما اذا لم يكن عند القاضي فهنا والاول سواء وهذا على الرواية التي ذكروا ان التناقض
انما يتحقق اذا كان كلتا الدعويين عند القاضي واما من اشترط ان يكون الثاني عند القاضي
يكتفي في تحقق التناقض كون الثاني عند الحاكم وهل يكفي في دفع التناقض امكان التوفيق
او لا بد له من التوفيق بالفعل ففي البزازية ادعى رجل انه لفلان وكله بالخصومة ثم ادعى
انه لفلان اخر وكله بالخصومة لا يقبل لان الوكيل بالخصومة في عين من جهة زيد مثلا
لا يملك اضافته الى غيره الا اذا وفق وقال لفلان الاول فكان وكلني ثم باعه من الثاني

وو كلوف الثاني ايضا والتدارك ممكن بان غاب عن المجلس وجاء بعد مدة وبرهن على ذلك
على ما نص عليه الحصيري في الجامع دل ذلك ان امكان التوفيق لا يكفي انتهى ثم قال ومما يدل
على ان امكان التوفيق لا يكفي ويشترط التوفيق بالفعل ما قال في الفتاوى ادعى محدودا
ارثا عن ابيه وبرهن فدفع المدعى عليه بان المدعي اقر بانه ملك امه واني اشتريته
من امه وصحح دعواه واتى بالصك فهذا دفع مسموع وقال بعضهم لا يسمع لامكان
ان يكون ملكا لامه ماتت وتركه ميراثا لابيه قال هذا لا يصح ما لم يوفق بالتلقي المذكور
ولو فتح هذا الباب ما تحقق تناقض ابدا ولما احتيج الى توفيق مما لا يرى ان المدعى عليه
لو ابتداء للدفع وقال في هذه المسئلة لا يصح دعواه لاني اشتريته من امك ووجد
تقابض البدلين وانت ايضا اقررت بانه ملك امك انقول في هذا بصحة الدفع
ان قلت لا فقد كابرت لانه بخلاف الروايات الصريحة وان قلت نعم فقد ناقضت
حيث اعتمدت في الاول على امكان التصور وذلك ثابت هنا ايضا فالقول بصحة
الدفع في الثاني مع القول بعدمه في الاول نقض الاصل واختار شيخ الاسلام
ان امكان التوفيق يكفي وذكر بكر في شرح الجامع الكبير ايضا ان التوفيق بالفعل شرط
في الاستحسان والقياس الاكتفاء بامكانه قال بكر ومحمد ذكر التوفيق في البعض
ولم يذكر في البعض فيحمل المسكوت على المذكور وذكر الجندي واختار ان التناقض
ان كان من المدعي لا بد من التوفيق بالفعل ولا يكفي الامكان وان كان من المدعى عليه
يكفي الامكان لان الظاهر عند الامكان وجوده ووقوعه والظاهر حجة في الدفع لا
في الاستحقاق والمدعي مستحق والمدعى عليه دافع والظاهر يكفي في الدفع لا في الاستحقاق
ويقال ايضا ان تعدد الوجوه لا يكفي الامكان وان اتحد يكفي الامكان والتناقض كما
يرتفع بتصديق الخصم يرتفع بتكذيب القاضي ايضا كمن ادعى انه كفل له عن مديونه
بالف فانكر الكفالة فبرهن الداين انه كفل عن مديونه وحكم به القاضي واخذ المكفول له
منه المال ثم ان الكفيل ادعى على المديون انه كان كفل عنه بامره وبرهن على ذلك
يقبل عندنا ويرجع على المديون بالكفل لانه صار مكذبا شرعا بالقضاء وكذا
اذا استحق المشترى من المشتري بالحكم يرجع على البايع بالثمن وان كان كل مشتر
مقرا بالملك لبايعه لكنه لما حكم ببرهان المستحق صار مكذبا شرعا باتصال القضاء به

الكل

الكل في البزازية ومما يدل على ان امكان التوفيق لا يكفي ما ذكره في الفتاوى ادعى شراء
دار من ابيه فقبل ان يزكى شهوده برهن على انه ورثها من ابيه يقبل لوضوح التوفيق
لانه يقول جحدني الشراء فملكت بالارث وعلى العكس لا برهن على انه له بالشراء
او بالارث ثم قال لم يكن لي قط لم يقبل برهانه وبطل القضاء ادعى الصدقة منه
منذ ستة ثم ادعى الشراء منه منذ شهر وبرهن لا يقبل الا اذا وفق ومما يدل
على ان الامكان يكفي ما ذكره في الظهيرية رجل ادعى على رجل مقدارا معلوما بانه
دين له عليه وانكره المدعى عليه ثم ادعى ان ذلك المقدار عنده من جهة الشركة
فانه لا تسمع دعواه لانه تناقض في كلامه ولو كان الامر بالعكس تسمع لامكان
التوفيق لان مال الشركة يجوز ان يكون دينا بالجحود والدين لا يصير مال الشركة
لا الحرية لان مبناها على الخفاء لانفراد المولى بالاعتاق وكل ما ما يبتنى على الخفاء يغتفر
في التناقض نظيره كثيرة منها ما ذكره في البزازية اقر بالرق وانقاد للبيع ثم ادعى
الحرية الاصلية او العارضة وبرهن تقبل لخفاء حال العتق عليه فان المولى ينفرد
بالاعتاق ولهذا قلنا المكاتب اذا ادى بدل الكتابة ثم ادعى تقدم اعتاقه على الكتابة
تقبل ويرد بدل الكتابة ومنها ايضا ادعى الرقيق حرية الاصل ثم العتق العارض يقبل
ولا يمنع التناقض صحة الدعوى لما فيه من الخفاء ومنها ما ذكر في المبسوط ان
الامة اذا اقرت بالرق فباعها المقر له جاز فان ادعت عتقا بعد البيع واقامة
البينة على عتق من البايع او على انها حرة الاصل قبلت بينتها استحسانا ولو باع
عبدا ودفعه الى المشتري وقبض ثمنه وقبضه المشتري وذهب به الى منزله والعبد
ساكت وهو ممن يعبر عن نفسه فهذا اقرار منه بالرق لانه انقاد للبيع والتسليم
ولا يثبت ذلك شرعا الا في الرقيق فلا يصدق في دعوى الحرية بعد ذلك لانه
سعى في نقض ما تم من جهته الا ان تقوم له بينة على ذلك فتقبل والتناقض
لا يمنع من ذلك وهل يمنع التناقض صحة الدعوى في الوقت كما في دعوى الملك
او لا يمنع كما في الحرية ففي قاضيخان رجل باع ارضا ثم ادعى انه كان وقفها قبل البيع
فاراد يحلف المدعى عليه ليس له ذلك عند الكل لان الحلف يعتمد صحة الدعوى
ودعواه لا يصح لمكان التناقض وان اقام البينة على ما ادعاه اختلفوا فيه قال بعضهم

لا يقبل بينته لانه متناقض وقال بعضهم يقبل بينته لان التناقض لا يمنع الدعوى في الوقف
وعلى قول الفقيه ابي جعفر الدعوى لا يشترط لقبول البينة على الوقف لان الوقف حق الله
تعالى وهو التصدق بالغلة فلا يشترط فيه الدعوى كالشهادة على الطلاق والعتق
الا انه اذا كان هناك موقوف عليه مخصوص ولم يدع لا يعطى له شيء من الغلة ويصرف
جميع الغلة الى الفقراء لان الشهادة قبلت لحق الفقراء فلا يظهر الا في حق الفقراء وقيل
وينبغي ان يكون الجواب على التفصيل ان كان الوقف على قوم باعيانهم لا تقبل البينة
عليه بدون الدعوى عند الكل وان كان الوقف على الفقراء او على المسجد عندهما
يقبل وعند محمد لا يقبل بدون الدعوى انتهى ورجح الامام البزازي في فتاواه هذا
التفصيل وفي العمادي والفصولين وعليه فتوى الكرماني ومن هنا ظهر ان بينة
البايع على وقفية ما باع مختلف فيها قيل يقبل وقيل لا وهل تقبل بينة المشتري على
وقفية ما اشتراه ففي العمادي ذكر رشيد الدين في فتاواه ولو اقام المشتري البينة
ان هذه الدار كانت وقفا على اولاد فلان او على مسجد كذا او على الفقراء وان فلانا
وقفه وسلمه الى المتولي فدعوى الوقف لا يصح من المشتري لانه ساع في نقض ما تم
من جهته ولانه ليس بخصم في دعوى الوقفية عن الموقوف عليهم انتهى وقال في
الثاني عشر من دعوى البزازية ولو اقر المشتري ان الارض المشتراة مسجد او مقبرة
والزم الحاكم الاقرار على المشتري ثم برهن المشتري على البايع ليرجع بالثمن عليه تقبل
بينته وهل يسمع دعوى الحرية من البايع بعد البيع ولا يسمع للتناقض ففي الثاني عشر
من دعوى البزازية باع عبدا ثم ادعى انه اعتقه او كان حرا ثم باعه يسمع وذكر
القاضي باع ثم ادعى انه كان دبره او اعتقه لا يسمع للتناقض ولو ادعى انه خلق من
مائه تقبل ويثبت النسب ويبطل البيع نظيره اشترى عبدا وادعى انه حر والزمه الحاكم
اقراره فبرهن على الحرية والعبد ينكر يقبل ويرجع بالثمن على البايع ثم ذكر فيها
برهن المشتري على ان البايع كان اعتق المبيع قبل بيعه منه او قال كنت علقت عتقه
بالشراء فاشتريته من اخر وبعته مني تقبل ويسترد الثمن وكذا لو برهن البايع
على المشتري انه اعتقه قبل البيع منه تقبل لان التناقض عفو في هذا الباب وفي الاجناس
دعوى المشتري الحرية من البايع لو انكر البايع وعجز المشتري اثباته مقصود على المشتري

وان برهن يقبل عند الثاني وقالا لا تقبل بينة المشتري على البايع بعد الشراء انتهى وهل
يعتبر التناقض في الاراضي الاميرية كما في دعوى الملك ولا يعتبر كما في دعوى
الوقف والحرية ولم ار صريحا لكن اخذ من فتاوى مشايخ الاسلام انه لا يعتبر كما في
دعوى الوقف والطلاق لان مبناه على الخفاء كالحرية لان الزوج ينفرد بالطلاق
نظيره اذا اختلعت المرأة من زوجها ثم اقامت بينة انه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع
تقبل بينتها ولها ان تسترد بدل الخلع وان كانت متناقضة لان التناقض عفو
لانفراد الزوج بايقاع الثلاث فعلها من غير ان يكون لها علم والنسب لان مبناه ايضا
على الخفاء لابتنائه على العلوق نظيره باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من اخر
ثم ادعاه البايع الاول انه ابنه تسمع دعواه ويبطل البيع الاول والثاني معا لان
النسب يبتني على العلوق وهو خفاء فيعذر في التناقض قال في البحر المراد
بالنسب في قولهم التناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق خاص في
الاصول والفروع واما تناقض غيرهم فانه يمنع الدعوى واستشهد عليه بمسئلة
نقلها عن الظهيرية وهي رجل ادعى على رجل انه اخوه وادعى عليه النفقة او الميراث
فقال المدعى عليه ليس هو باخي ثم مات المدعي وخلف اموالا كثيرة فجاء المدعى عليه
يطلب ميراثه وقال هو اخي لا يقبل ولا يقضى له بالميراث لانه متناقض ولو كان مكان
دعوى الاخوة دعوى البنوة او الابوة والمسئلة بحالها يقبل ذلك منه ويقضى
له بالميراث ثم قال وارجعوا التناقض في غير دعوى الابوة والبنوة من دعاوى
النسب الى التناقض في دعوى الملك لكونه لا يصح الدعوى بانه اخوه الا اذا ادعى حقا
ولهذا قال في البزازية من العاشر في دعوى النسب والارث ادعى على اخر انه اخوه
لابويه ان ادعى ارثا او نفقة وبرهن يقبل ويكون قضاء على الغايب ايضا حتى لو حضر
الاب وانكر لا يقبل ولا يحتاج الى اعادة البينة لانه لا يتوصل اليه الا باثبات الحق
على الغايب وان لم يدع مالا بل ادعى الاخوة المجردة لا تقبل لان هذا في الحقيقة
اثبات البنوة على اب المدعى عليه والخصم فيه هو الاب لا الاخ وكذا لو ادعى انه ابن ابنه
او ابو ابيه والابن والاب غايب او ميت لا يصح ما لم يدع مالا فان ادعى مالا فالحكم
على الحاضر والغايب جميعا كما مر بخلاف ما اذا ادعى على رجل انه ابوه او ابنه او على امرأة

انها زوجته او ادعت هي عليه انه زوجها او ادعى العبد على عربي انه مولاه عتاقة او ادعى
عربي على الحر انه معتقه او ادعت على رجل انها امته او كان الدعوى في ولاء الموالاة وانكره
المدعى عليه فبرهن المدعي عليها قال تقبل ادعى به حقا او لا بخلاف دعوى الاخوة
ونحوها لانه دعوى على الغير الا يرى انه لو اقر بانه ابوه او ابنه او زوجها او زوجته
صح ولو اقر بانه اخوه لا لكونه حمل النسب على الغير انتهى هكذا ذكره في المحيط ايضا
فان قيل كيف يصح التخصيص المذكور وقد قال في العمادي والفصولين انه لو قال انا
لست بوارث له ثم ادعى انه وارثه وبين الجهة يصح والتناقض في النسب لا يمنع صحة
الدعوى انتهى فان الظاهر منه ان التناقض في دعوى النسب معفو مطلقا بلا تخصيص
بالابوة والبنوة ولا يمنع صحة الدعوى في شيء من النسب اصلا اقول المراد بالتناقض
المذكور في العمادي والفصولين هو التناقض بين النفي المطلق عن ذكر الجهة بان قال
انا لست بوارث له بلا ذكر جهة من جهات النسب وبين الدعوى المقيد بذكر جهة
من جهات النسب من الابوة او البنوة او الاخوة او العمومة او الاخولة الى غير ذلك
فان هذا التناقض معفو مطلقا حتى لو قال انا لست بوارث له ثم ادعى انه ابوه او ابنه
او جده او ابن ابنه او اخوه لاب وام او لاب او لام او عمه او خاله او ابن عمه او ابن خاله
او عمته او خالته تسمع ولا يضر هذا التناقض لان هذا ليس بتناقض في الحقيقة
لعدم اتحاد الجهة في الطرفين وهو شرط في التناقض الحقيقي وانما التناقض فيها
بحسب اللفظ وذا لا يضر بخلاف ما ذكره في البحر فان مراده بالتناقض هو التناقض
الحقيقي وهو ما كان مع اتحاد الجهة في مقام النفي والاثبات فان عفو هذا التناقض
مختص بالابوة والبنوة والامومة ولا يعفى في دعوى الاخوة والجدية وابن الابن
والعم وابن العم والخال وابن الخال والخالة وغيرها حتى لو قال انا لست باخ له ثم
ادعى انه اخوه لاب وام او لاب او لام لا تسمع للتناقض او قال انا لست بابن ابن له او
عم او ابن عم له او خال او ابن خال له ثم ادعى انه ابن ابنه او عمه او ابن عمه او خاله او ابن
خاله لا تسمع للتناقض فان قيل قد تقدم ان التناقض انما يعفى لكونه محل الخفاء والنسب
كله سواء كان الابوة او البنوة او ابن الابن او الاخوة او العمومة او الاخولة او غيرها
في محل الخفاء لابتنائها كلها على العلوق فلا يصح التخصيص بالابوة والبنوة قلنا نعم

لكن الكون في محل الخفاء وهو المقتضي للعفو وهذا لا يكفي في العفو بل لا بد له من ارتفاع
المانع وهو كونه دعوى على الغير وهذا مرتفع في دعوى الابوة والبنوة لانه ليس دعوى
على الغير بخلاف دعوى الاخوة والعمومة وغيرهما من المعاني المذكورة فانها دعوى على
الغير وهو مانع فلا تسمع لوجود المانع ما لم يدع حقا واعلم ان الاصل ههنا ان كل ما كان
مبناه على الخفاء فالتناقض فيه عفو عند ارتفاع المانع منها ما ذكره المص في الحرية والطلاق
والنسب ومنها ما ذكر في البزازية ادعى عليه انه استهلك عينا له وعليه قيمته ثم ادعى
ان العين قائم في يده وعليه احضاره يقبل وكذا على القلب لانه مكان الخفاء فيعفى
فيه التناقض ومنها ما ذكر في الظهيرية اشترى دارا لابنه الصغير من نفسه واشهد
على ذلك فكبر الابن ولم يعلم ما صنع الاب ثم ان الاب باع الدار من رجل وسلمها اليه ثم
ان الابن استاجر الدار من المشتري ثم علم الابن ما صنع الاب فادعى الدار على المشتري
وقال ان ابي اشترى هذه الدار لي من نفسه وفي صغري وهي ملكي واقام على ذلك بينة
فقال المدعى عليه في دفع الدعوى للمدعي انك متناقض في هذه الدعوى لان استيجارك
الدار مني اعتراف منك ان الدار ليست لك فدعواك الدار بعد ذلك يكون منك تناقضا
قال الصحيح ان هذا لا يصلح دفعا لدعوى المدعي وان كان هذا تناقضا لان هذا
التناقض لا يمنع صحة الدعوى لما فيه من الخفاء فان الاب يستقل بالشراء للصغير
ومن الصغير لنفسه والابن ليس له علم بذلك وفي العيون قدم بلدة واشترى
او استاجر دارا ثم ادعاه قائلا بانه دار ابيه مات وتركها ميراثا له وكان لم يعرفه
وقت الاستيام والاستيجار قيل لا يقبل للتناقض وقيل يقبل وهو الاصح لما فيه
من الخفاء وفي القنية ابنان اقتسما التركة ثم ادعى احدهما ان اباه كان جعل له هذا
الشيء المعين من الذي كان داخلا تحت القسمة ان قال انه كان في صغري يقبل وان
مطلقا لا يقبل ذكر الوتار تولى ولاية وقف او تولى وصاية تركة بعد تعين كونها
تركة او قسم تركة بين ورثة ثم ادعاه لنفسه لا تسمع للتناقض اشترى جارية في
نقاب ثم ادعاها وزعم انه لم يعلمها لا يقبل للتناقض ولو اشترى ثوبا في منديل
ثم ادعى انه له يقبل قال محمد في الفرق انظر الى ذلك الشيء ان كان مما يمكن ان يعرف
وقت المساومة كالجارية القائمة المنتقبة بين يديه لا تقبل للتناقض الا اذا صدقه

المدعى عليه في عدم معرفته اياها فحينئذ تقبل وان كان مما لا يعرف كثوب في منديل او جارية
قاعدة على رأسها غطاء لا يرى منها شيء يقبل لما فيه من الخفاء وقيل لا يقبل في مسئلة
المنديل ايضا استاجر دابة من آخر ثم ادعى انها كانت له اشتراها له ابوه في صغره و
برهن يقبل لما فيه من الخفاء الورثة اذا قاسموا مع الزوج او الزوجة ثم ادعوا الطلاق في
قبل الموت او انقضاء العدة قبل الموت تقبل وكذا المديون بعد قضاء الدين لو برهن
على ابراء الدائن وكذلك الورثة اذا قاسموا مع الموصى له بالمال ثم ادعوا رجوع الموصي
يصح لانفراد الموصي بالرجوع والجامع في الكل خفاء الحال فلو ولدت امة مبيعة اي
عند المشتري لا باستيلاد مولاه على ما في الكافي وقال في البحر لو ولدت من غير
مولاه فاستحقت ببينة يتبعها ولدها اي يأخذ المستحق الامة لاثباته انها ملكه
ويأخذ ولدها ايضا تبعا لها لما تقدم ان البينة حجة متعدية الى الفرع لكن لا مطلقا
بل ان كان الولد في يده اي يد المشتري لان الولد اذا كان في يد رجل غائب فالقضاء
بالام لا يكون قضاء بالولد بل لا بد له من قضاء مستقل بالاتفاق على ما في الهداية
فلا يتبعها ولدها بدون القضاء وقضي به اي بالولد ايضا كما قضي بالام وقيل يكفي
القضاء بالام ولا حاجة الى القضاء بالولد مستقلا لانه تابع للام والاول اصح
على ما في التبيين والعناية لان الولد يوم القضاء منفصل عن امه فكان مستبدا
بالقضاء ويؤيده ما قال محمد اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعرف الزوائد لم يدخل
الزوائد تحت الحكم ذكره في البزازية هذه المسئلة ثم قال فان كانت هذه الجارية
ولدت من المشتري فالولد حر بالقيمة يوم الخصومة ويرجع المشتري على البايع
بالقيمة ولو مات الولد لا شيء على المشتري وان قتل واخذ ديته عشرة آلاف
غرم قيمته لا غير وان ماتت وتركت مالا كثيرا فكله للمشتري ولا يغرم للبايع شيئا
وعليه العقر ولو اكتسبت الجارية او وهب لها يأخذها المستحق مع الاكساب ولا يرجع
على البايع الا بالثمن انتهى وذكرها ايضا قبل هذه المسئلة اشترى شجرة فاثمرت
والثمار عليها واستحقها رجل بالبينة يتبعها الثمرة اعلم ان الاستحقاق نوعان استحقاق
مبطل كدعوى الحرية والعتق من البايع وثبوته يوجب فسخ البياعات في كل
الروايات وناقل كدعواه انه ملكه وانه لا يوجب فسخ البياعات في ظاهر الرواية

وكذلك يختلف المبطل مع الناقل في الرجوع فان في المبطل الباعة يرجع بعضهم على بعض قبل رجوع
الاول على الثاني والثاني على الثالث ولا يرجع الاول على الثالث الا ان مات الثاني ولم يترك
شيئا ولا وارثا ولا وصيا فانه يرجع على بايع الميت ان جاز كما ذكره في العمادية نقلا
عن شمس الاسلام الاوزجندي رجل اشترى من آخر جارية ثم ظهر انها حرة وقد مات
البايع ولم يترك شيئا ولا وارثا ولا وصيا غير ان بايع الميت حاضر فانه يجعل القاضي
للميت وصيا حتى يرجع المشتري على وصي الميت ثم وصي الميت يرجع على بايع الميت وكذلك
يرجع فيه على الكفيل وان لم يقض على المكفول عنه وفي الناقل لا يرجع الباعة بعضهم
على بعض قبل رجوع المشتري على البايع ولا يرجع البايع على بايعه وكذا الكفيل لا يرجع
على المكفول عنه قبل رجوع على البايع ويتحد الناقل والمبطل من وجه فانهما يجعلان
المستحق عليه ومن يملك منه ذلك الشيء مستحقا عليه حتى لو برهن عليهم مدعي الملك
المطلق ان المستحق له لا يقبل برهانه ثم الناقل على ضربين قديم وحكمه الرجوع بالثمن
على بايعه لانه بان انه باع ملك غيره وحديث ومن حكمه عدم رجوع المشتري على بايعه
بالثمن لورود الاستحقاق بامر حادث في ملك المشتري فلا يرجع على امر كان عند البايع
وبه امثلة كثيرة ذكرها في استحقاق البزازية فارجع اليها ثم لا بد من معرفة حكم استحقاق
بدل العقود فقال في الفصولين استحقاق بدل الخلع يوجب الرجوع بقيمته واستحقاق
بدل المبيع يوجب الرجوع بعين المبيع ان قائما وبقيمته ان هالكا واستحقاق الاجرة يوجب
الرجوع باجر المثل الذي هو قيمة المنفعة اقول ينبغي ان يكون المراد بالاجرة ههنا هو العين
القيمي لا المثلي فيجب قيمة المنفعة لا قيمة الاجرة التي هي بدل المنفعة كما في المعاوضات
اذا استحق احد البدلين وهلك البدل الآخر يجب قيمة الهالك لا قيمة المستحق لانتقاض
البيع واما المثلي فينبغي ان يجب مثله مثلا لو دفع عشرة دراهم اجرة فاستحقت ينبغي
ان يجب عشرة مثلها لا قيمة المنفعة اذ الاجارة ينبغي ان لا تبطل باستحقاق الاجرة النقد
هذا واستحقاق المنفعة يوجب الرجوع بالاجرة ان باقية وبقيمتها ان هالكة انتهى
وهكذا ذكره في البزازية ايضا ولم يذكر ما ذكره صاحب الفصولين بحثا من الفرق
في مسئلة استحقاق الاجرة وذكر قبله بورقة ما يخالف هذا حيث قال وفي
المقايضة اذا استحق احد العوضين يرجع بقيمته قياسا على ما اذا ادعى دارا فصالحه

على شئ ثم استحق العوض يرجع في دعواه انتهى قلت الفتوى على ما ذكره في الفصولين بل ما
ما ذكره البزازي في المقايضة ليس على ما ينبغي لانه اذا استحق احد العوضين في المقايضة
ينتقض البيع سواء استحق اعتبر المستحق مبيعا او ثمنا لان العقد تعلق بعين البدلين
فاذا انتقض البيع يرجع بعين الاخر ان قائما و بقيمته او بمثله ان هالكا بخلاف ما اذا كان
الثمن نقدا او مثليا لان الا ان يرجع بمثل الثمن لا بعين المبيع او بقيمته او بمثله
كما ذكره صاحب الفصولين في استحقاق الاجرة وان اقر المشتري بها اي بالامة التي
في يدها لرجل ياخذها الرجل ولا يتبعها الولد لما تقدم ان الاقرار حجة قاصرة لانعدام
ولايته على الغير وانما يثبت به الملك في المخبرية ضرورة صحة اخبار العاقل والثابت
ضرورة يتقدر بقدرها وهي تندفع باثباته بغير الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر
ملك المستحق من الاصل حتى لا يرجع المشتري على البائع ولا الباعة بعضها على بعض
بالثمن فلا يكون الولد له لكنه لا مطلقا بل اذا لم يدع المقر له بالام الولد اما اذا ادعى
الولد كان له لان الظاهر له على ما صرح به في النهاية والعناية اقول ان الظاهر انما يصلح
حجة للبقاء لا للاستحقاق على ما بين في الاصول فهل للمشتري الرجوع بالثمن على
البائع بعد ثبوت الاستحقاق باقراره ففي العمادي والفصولين شرى دارا فاستحقت
باقرار المشتري او بنكوله عن اليمين لا يرجع بثمنه على بائعه فلو برهن المشتري ان الدار
ملك المستحق ليرجع يمنع الدعوى في الملك ولانه اثبات ما هو ثابت باقراره قلنا
اما لو برهن على اقرار البائع انه للمستحق يقبل لعدم التناقض وانه اثبات ما ليس
بثابت ولو لا بينة له فله تحليف البائع بالله ما هو للمدعي لانه يحتمل ان ينكل فيصير
بنكوله كالمقر ويسترد الثمن بعد ذلك وهل يلزم للمشتري تفسير الاستحقاق حين
اراد الرجوع بالثمن على البائع ففي الفصولين ايضا انه لا بد ان يفسر الاستحقاق
ويبين سببه فلو بينه وانكر بائعه البيع فبرهن المشتري على البيع تقبل ويرجع بالثمن
وهل يشترط حضرة المبيع لسماع البينة قيل يشترط وقيل لا وكذا العبد اذا تداولته
الايدي وادعى حريته على المشتري الاخير ورجع البعض على البعض لا يشترط حضرة
العبد عند الرجوع بالثمن بل اذا شهد الشهود ان العبد الذي اقام البينة على حريته ناعه
هذا من هذا كفى وعند بعضهم يشترط حضرته وهكذا ذكره في استحقاق البزازية ايضا

ثم قال وان انكر البائع البيع ورجع على المشتري منه بالحكم بالبينة فللبائع هذا ان يرجع على
بائعه بالثمن وان كان متنا قضا لارتفاع التناقض وزعم عدم البيع بالقضاء وهل
يلزم اعادة البينة للرجوع بالثمن على البائع بعد ثبوت الاستحقاق بالبينة ففي
العمادية اذا استحق المشتري من يد المشتري الاخير يكون ذلك قضاء على جميع الباعة
وكان لكل واحد من المشترين ان يرجع على بائعه بالثمن من غير اعادة البينة ولكن
انما يرجع كل مشتر على بائعه اذا رجع على المشتري انتهى فعلم انه يرجع عليه بلا اعادة
البينة لكن لا مطلقا بل اذا رجع عند القاضي وقع عنده الاستحقاق واما اذا رجع
عند غير هذا القاضي لا بد له من اعادة البينة كما في استحقاق البزازية اذا اراد المشتري
ان يرجع على بائعه في غير البلد الذي وقع فيه الاستحقاق لا يكون له ذلك ما لم يثبت
الاستحقاق عند الحاكم وان دفع البائع الى المشتري الثمن بلا خصومة وبرهان
والزام الحاكم لا يملك ان يرجع على بائعه لانه متبرع انتهى كلامه وفي قاضيخان رجل
اشترى جارية وقبضها فباعها من غيره ثم باعها الثاني من ثالث ثم ادعت الجارية انها
حرة فردها الثالث على بائعه بقولها وقبل البائع الثاني منه ثم الثاني ردها على الاول
فلم يقبل الاول قالوا ان كانت الجارية ادعت العتق كان للاول ان لا يقبل لان العتق
لا يثبت بقول الجارية بدون البينة وان كانت الجارية ادعت انها حرة الاصل فان كانت
حين بيعت وسلمت انقادت لذلك فهو بمنزلة دعوى العتق لانها لما انقادت الى
البيع والتسليم فقد اقرت بالرق وان لم تكن انقادت ثم ادعت انها حرة لم يكن للبائع
الاول ان لا يقبل لان القول في حرية الاصل قولها فاذا استحقت نفسها بما هو حجة
على الكل لم يكن للبائع الاول ان لا يقبل وقال بعضهم اذا بيعت الجارية ثم ادعت انها
حرة الاصل لم يكن للمشتري ان يرجع على البائع لان الحرية لا تثبت بقولها والصحيح انه
اذا لم يسبق منها ما يكون اقرارا بالرق كان القول قولها في دعوى الحرية وللمشتري
ان يرجع على البائع بالثمن بقولها وذكر في المنتقى رجل اشترى جارية والجارية لم تكن
عند البائع فقبضها المشتري ولم يقر بالرق ثم باعها المشتري من اخر والجارية لم تكن
عند البائع الثاني وقبضها المشتري الثاني ثم قالت الجارية انا حرة قال القاضي يقبل

قولهما ويرجع بعضهم على بعض بالثمن فان قال المشتري الاول ان الجارية اقرت بالرق وانكر
المشتري الثاني ذلك وليس للمشتري الاول بينة على اقرارها بالرق فان المشتري الثاني
يرجع بالثمن على المشتري الاول والمشتري الاول لا يرجع بالثمن على بايعه لانه ادعى اقرار
الجارية بالرق انتهى وان قال شخص لاخر اشترني فانا عبد فاشتراه فاذا هو حر فان
كان البايع حاضرا وقت قال الشخص ذلك او كان غايبا لكن مكانه معلوم لا يضمن
الامر شيئا لعدم الغرور من جهته لحضور البايع او كون مكانه معلوما والا ضمن الامر
ورجع على البايع اذا حضر عند ابي ح ومحمد وان لم يقل ذلك الشخص اشترني او قال ذلك
لكنه لم يقل اني عبد ليس على العبد شي بالاتفاق كذا في العناية وفتح القدير وقال في
البحر وفي العناية من باب فصل الاستحقاق ما يخالفه فلينظر ثمه انتهى وان قال شخص
ارتهني فاني عبد فوجده حرا فلا ضمان على الامر من جهة المرتهن اصلا اي سواء كان الراهن
حاضرا او غايبا او غيبة كانت بالاتفاق وهو قول ابي يوسف في البيع ايضا له ان
الرجوع في هذا العقد اما ان يكون بالمعاوضة او بالكفالة وليس شي منهما موجودا
وانما الموجود هو الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي اشتر هذا او ارتهني فانا عبد
ولهما ان المشتري اعتمد على امره بالبيع واقراره بعبوديته اذ القول له في الحرية فجعل
اقراره بالعبودية غلط المشتري بذلك والمعتمد على الشي باخر الغير واقراره مغرور من جهته
والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض جعل سببا للضمان دفعا للغرور
بقدر الامكان كما في المولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد اذنت له في التجارة
فبايعوه فبايعوه ولحقه ديون ثم ظهر انه حر فانهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر
قيمته بحكم الغرور وهذا غرر وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حريته اهل
للضمان فيجعل ضامنا للثمن عند تعذر رجوعه على البايع دفعا للضرر ولا تعذر الا
فيما لا يعرف مكانه بخلاف الرهن فانه ليس بعقد معاوضة بل هو وثيقة الاستيفاء
عين حقه ولهذا جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه واذا هلك يقع به الاستيفاء
ولو كان معاوضة لكان استبدالا براس مال السلم او بالمسلم فيه وهو حرام فاذا لم يكن
معاوضة لا يجعل الامر به ضامنا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور

من

من جهته وللاختصاص ايجاب الغرور والضمان بالمعاوضات قالوا ان الرجل اذا سال
غيره عن امن الطريق فقال اسلك فانه امن فسلكه فاذا هو فيه لصوص سلبوا امواله
لم يضمن المخبر شيئا وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فاكله فظهر انه مسموم
فلا ضمان عليه لانه تغرير في غير المعاوضة الا انه يستحق العقوبة عند الله تعالى ولو قال
اسلك فانه امن ان كان مخوفا واخذ مالك فانا ضامن فسلك واخذ ماله ضمن
لانه ضمن السلامة نصا هكذا ذكره في العمادي وقال وصار الاصل ان المغرور انما يرجع
على الغار اذا حصل الغرور في ضمن عقد المعاوضة او ضمن الغار صفة السلامة للمغرور
نصا ولو قال الطحان لصاحب الحنطة اجعل الحنطة في الدلو فجعله في الدلو فذهبت
من نقب كان به الى الماء والطحان كان عالما به يضمن لانه صار غارا في ضمن العقد
بخلاف ما سبق اعني قوله اسلك فانه امن لانه ما ضمن السلامة بحكم العقد اصلا
وفي البحر نقلا عن الخانية المغرور يرجع باحد امرين اما بعقد المعاوضة او بقبض
يكون للدافع كالوديعة والاجارة فاذا هلكت الوديعة او العين المستاجرة ثم جاء
رجل واستحق العين وضمن المودع والمستاجر فان المودع والمستاجر يرجع على
الدافع بما ضمن وكذا كل من كان بمعناها وفي الاعارة والهبة لا يرجع على الدافع
بما ضمن انتهى والمراد بقوله من كان بمعناهما هو المرتهن لما في العمادي لو هلكت الدابة
في يد المرتهن او المودع او المستاجر ثم استحقها رجل بالبينة واخذ القيمة منه كان
له ان يرجع على الراهن والاجر والمودع وقال هو ايضا نقلا عن مختصر العصام
ولو وهب ما غصب او باع او تصدق به او اجر او رهن او اودع او اعار فهلك
ضمنوا قيمته ولا يرجع الموهوب له والمتصدق عليه والمستعير بما ضمنوا على
الغاصب ويرجع المستاجر والمودع والمرتهن بالقيمة عليه ويرجع المشتري بالثمن
عليه ولا يرجع الغاصب من الغاصب ولا السارق منه واعلم ان المشتري انما يرجع
على البايع بالثمن بعد الاستحقاق اذا لم يهب البايع الثمن به او لم يبرا عنه والا فلا
حيث قال في استحقاق البزازية وان وهب البايع الثمن من المشتري او ابراه ثم استحق
ليس له ان يرجع بالثمن على بايعه وكذا الباعة لا يرجع بعضهم على البعض وذكر الوبار
لو تداولته الايدي ولحد الباعة ابراء مشتريه ثم استحق ورجع الباعة بعضهم على

بعض فالذي ابراه لا يرجع على بايعه ولا بعده الباعة ايضا لتعذر القضاء على الذي
ابراه مشتريه وفي المحيط ابراء الثاني مشتريه لا يرجع عليه مشتريه للابراء وهل يرجع
الاول على بايعه قيل يرجع وقيل لا انتهى ومن ادعى حقا مجهولا في دار فصولح على شيء
فاستحق بعضها اي بعض الدار المصالح عنها فلا رجوع عليه اي على من ادعى حقا مجهولا
لان له ان يقول دعواي في البعض الباقي وان قل لا في البعض المستحق فما دام في
يده شيء لم يرجع ولو استحق كلها اي كل الدار رد كل العوض اي بدل الصلح لانه تحقق
ان ما اخذه من العوض لم يملكه فيرده وفهم منه اي من القول المذكور حيث قال من ادعى
حقا مجهولا صحة الصلح عن المجهول اي من الحق المجهول لكنه على المجهول بل لا بد ان يكون
على الشيء المعلوم على ما سياتي في الصلح وذلك لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى
المنازعة وفهم منه ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق
في الدار لا يصح للجهالة ولهذا لا تقبل البينة على ذلك الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه
بذلك فحينئذ تصح وتقبل البينة ولو كان ادعى كلها اي كل الدار فصالح على مائة درهم
مثلا ثم استحق جزء من الدار رد المدعي حصة ما يستحق من الدار ولو وصلية
اي ولو كانت حصة ما يستحق بعضا من العوض الماخوذ وذلك لانه لما اخذ المائة بدلا
عن كل الدار ولم تسلم كلها له فتقسم المائة على الدار لان البدل ينقسم على اجزاء المبدل
فيرد بحسابه اذ التوفيق غير ممكن كما امكن في المسئلة السابقة يعني اذا ادعى حقا
مجهولا وعلم منه انه لو ادعى قدرا معلوما من الدار كربعها فصالح على شيء ثم استحق
لم يرجع عليه ما دام في يده ذلك المقدار اي الربع وان بقي اقل منه يرجع بحسابه
على ما في البحر قال في العمادي اشترى دارا وبناها ثم استحق نصفها ورد المشتري
ما بقي بعيب الاستحقاق على البايع كان له ان يرجع بالثمن وبنصف قيمة البناء لانه
مغرور في النصف ولو استحق منها نصفه المعين فان كان البناء في ذلك النصف
المستحق خاصة رجع بقيمة البناء ايضا وان كان البناء في النصف الذي لم يستحق
كان له ان يرد البناء ولا يرجع بشيء من قيمة البناء ثم قال نقلا عن بيوع الجامع
اشترى دارا فاستحقت عرصتها ونقض البناء فقال المشتري انا بنيتها وصرت
مغرورا فله ان يرجع على البايع وقال البايع بعتها مبنية فالقول للبايع اشترى من

رجل

رجل نصف دار مشاعا ثم استحق نصفها قبل القسمة فالبيع على النصف الباقي ولو استحق
بعد القسمة فالبيع على نصف الباقي وهو الربع ثم ذكر نقلا عن فتاوى رشيد الدين المشتري
اذا رجع على البايع بالثمن وبقيمة البناء فبايعه هل يرجع على بايعه بها عند الامام لا يرجع
الا بالثمن وحده وعندهما يرجع بقيمة البناء ايضا وكذلك المغرور اذا رجع بقيمة الولد
على بايعه لا يرجع بايعه على بايعه بقيمة الولد عنده خلافا لهما ولو اشترى كرما فاستحق
انسان اصل الكرم دون الاشجار والقضبان والحيطان فلو اراد المشتري ان يرد
الاشجار على البايع ويسترد جميع الثمن له ذلك لانه لو لم يرد يتضرر به لانه يؤمر بالقلع
وقال في لحد استحقاق البزازية اشترى فرسا مع السرج واستحقا رجع بكل الثمن وان
استحق بلا سرج رجع بالحصة وكذا لو ضاعت السرج وان كان السرج قائما واراد
المشتري رد السرج ليرجع بكل الثمن وابى البايع قبوله له ذلك وفي الكرم لو استحق
الكرم بلا اشجار يرد الاشجار ويرجع بكل الثمن وفي الفتاوى لا حصة للسرج من الثمن
لانه تبع وعلى هذا لا يكون للشجر حصة من الثمن وكذا كل ما يكون تبعا انتهى كلام البزازية
اقول الاشجار لا يكون لها حصة من الثمن ويكون تبعا لو لم يذكر في البيع او اذا لم يذكر لها ثمن
على حدة واما اذا ذكر فلها حصة من الثمن كما صرح به في استحقاق القنية ولمن باع
فضولي ملكه بالنصب مفعول باع والضمير راجع الى من وهذا شروع في بيان بيع الفضولي
لانه صورة من صور الاستحقاق لان المستحق يستحق ويقول هذا ملكي ومن باعه
لك فانما باعه بغير اذني فهو عين بيع الفضولي فناسب ذكره في هذا الباب ان يفسخه
وقال الشافعي واحمد في رواية عنهما ان بيع الفضولي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية
شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا فلا ينعقد قلنا انه تصرف تمليك
وقد صدر من اهله ووقع في محله فوجب القول بانعقاده عملا بالمقتضي اذ لا مانع
عن عمله اذ لا ضرر في ذلك لاحد من المالك والعاقدين اما المالك فلانه مخير بين
الفسخ والاجازة وله فيه منفعة كفاية مؤنة طلب المشتري واما الفضولي فلان
فيه صون كلامه عن الالغاء واما المشتري فظ فثبت ان له القدرة الشرعية تحصيلا
لهذه المنافع فان قيل القدرة الشرعية اما بالملك او بالاذن ولم يوجد اجيب بان
الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع فان قيل سلمنا وجود المقتضي

لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر بل عدم الملك مانع شرعا لقوله عم لا تبع ما ليس عندك
وكذلك العجز عن التسليم مانع كبيع العبد الآبق والطير في الهواء لا يجوز مع وجود الملك
فيها للعجز عن التسليم وفي الفضولي كلاهما موجودان اجيب عنه بان قوله عم لا تبع عن نهي
البيع المطلق فينصرف الى الكامل وهو البيع البات والقدرة على التسليم بعد الاجازة ثابتة
وفيه بحث لانه يقتضي في بيع الآبق ان يتم البيع بعد العود عن الاباق بلا حاجة الى تجديد
عقد لثبوت القدرة على التسليم مع انهم ذكروا انه لا يتم بعد العود بل يحتاج في ظاهر
الرواية الى تجديد عقد لوقوعه باطلا هذا في بيع الفضولي واما شراؤه ففيه تفصيل
فان قال الفضولي اولا للمالك بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولي
اشتريت لاجله او قال المالك اولا بعت هذا العين لفلان وقال الفضولي قبلت لاجله
فهو على هذا الخلاف قيل انه يتوقف على اجازة فلان وقيل انه باطل لا يتوقف وفي قاضيخان
الصحيح انه باطل وان قال الفضولي اشتريت منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك
بعت او قال المالك بعت منك هذا العين لاجل فلان فقال المشتري اشتريت لا يتوقف
على اجازة فلان بالاتفاق لانه وجد نفاذا على المشتري حيث اضيف اليه ظاهرا فلا حاجة
الى الايقاف على رضى الغير بخلاف البيع فانه لم يوجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ في حق
المالك فاحتيج الى الايقاف على رضى الغير وفي الخلاصة نقلا عن الزيادات لو قال الفضولي
اشتريت هذا لفلان على انه بالخيار ثلاثة ايام يتوقف بخلاف الشراء لفلان بغير
خيار قوله اي لمن باع فضولي ملكه اعني المالك ان يجيزه اي بيع الفضولي بالفعل او بالقول
ومن الاجازة بالفعل تسليم المبيع الى المشتري وكذا اخذه الثمن ومن الاجازة بالقول
طلب الثمن واما قوله احسنت او اصبت او وفقت فليس باجازة وكذا قوله كفيتني مؤنة
البيع او احسنت جزاك الله خيرا ليس باجازة هكذا ذكره في البزازية ثم نقل عن محمد ان
احسنت او اصبت اجازة فصار الحكم على الروايتين وفي المنتقى وقوله بئس ما صنعت
اجازة كقبض الثمن وفي البحر لو وهب المالك الثمن او تصدق به على المشتري كان اجازة
ولو قال امسكها ما دمت حيا لا يكون اجازة لان الامساك لا يدل على الرضا وذكر في
البزازية ان المالك اذا اجاز بيع الفضولي صار الفضولي كالوكيل حتى صح حطه عن الثمن
علم المالك بالحط او لم يعلم واجاب صاحب الهداية انه اذا علم بالحط بعد الاجازة له

الخيار

الخيار ان شاء رضي به وان شاء فسخ واعلم ان في قوله ولمن باع فضولي ملكه ان يفسخه
وان يجيزه اشارة الى ان الفضولي ليس له ذلك وانما له الفسخ فقط قبل الاجازة حيث
اضاف الفسخ والاجازة الى المالك بشرط بقاء العاقدين والمعقود عليه والمالك
الاول لان الاجازة للمالك تصرف في العقد فلا بد من قيامه حتى لو هلك المالك لا ينفذ
باجازة الوارث سواء كان الثمن دينا او عرضا لانه توقف على اجازة المالك بنفسه
فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول
ابي يوسف اولا وهو قول محمد ايضا استصحابا ثم رجع وقال لا يصح حتى يعلم قيامه
ثم قيام العقد بقيام العاقدين والمعقود عليه اي المبيع فشرط للاجازة قيام هذه
الاربعة للمالك والبايع والمشتري والمبيع ولا يشترط قيام الثمن ان كان الثمن غير
العرض وان كان من العرض يشترط قيام الثمن ايضا على ما اشار اليه بقوله وكذا اي
ويشترط للاجازة سوى الامور الاربعة المذكورة بقاء الثمن ان كان الثمن عرضا معينا
لان الاجازة اللاحقة يصير اجازة نقد بان ينقد البايع ما باع ثمنا لما ملكه بالعقد
لا اجازة عقد لان العقد يصير لازما على الفضولي لحصوله نفاذا عليه لانه مشتر
من وجه كما في البيع بالمقايضة والعرض الثمن مملوك له وعليه مثل المبيع للمالك ان كان
مثليا وقيمته ان كان قيميا وذلك لا يكون الا ببقاء العرض بنفسه اذ لا تأثير لاجازة
المالك الا في النقد ولا يمكن النقد الا ببقاء العرض والى هذا اشار بقوله وان اجاز
المالك فالثمن العرض ملك للفضولي لنفوذ العقد عليه وعليه مثل المبيع لو مثليا والا
اي وان لم يكن مثليا فقيمته على ما ذكرناه وغير العرض عطف على قوله العرض اي والثمن
الذي هو غير العرض اعني الثمن الدين كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني
الموصوف بغير عينه ملك للمجيز امانة في يد الفضولي لان الاجازة اللاحقة ليست اجازة
نقد كما في الثمن العرض بل اجازة عقد صارت كالوكالة السابقة فيكون البايع بمنزلة
الوكيل فيصير الثمن امانة في يده مملوكا للمالك ولو لم يجز المالك وهلك الثمن في يد
الفضولي اختلف المشايخ في رجوع المشتري عليه بمثله والاصح ان المشتري ان علم انه
فضولي وقت الاداء لا رجوع له والا رجع عليه كذا في البحر نقلا عن القنية وذكر
الزيلعي انه امانة في يده فلا ضمان عليه اذا هلك سواء هلك قبل الاجازة او بعدها

واعلم ان اجازة المالك انما تنفذ حال قيام المبيع اسما و وصفا على ما اشار اليه باشتراط بقاء
المعقود عليه ولهذا قال في البزازية اذا اجازه بعد صبغ الثوب المشتري لا يجوز ولو باع
امة الغير بغير اذنه فولدت ثم اجاز المالك البيع يصح لبقاء المبيع ويكون الولد مع الامة
المشتري ولو انهدم الدار ثم اجاز المالك البيع يصح لبقاء العرصة كذا في البحر وللفضولي
ان يفسخ قبل اجازة المالك لان حقوق العقد ترجع الى الفضولي بعد الاجازة لانه
بالاجازة صار كالوكيل فترجع الحقوق اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب فله
ان يتحرز عن التزام العهدة وكذا للمشتري فسخ البيع قبل الاجازة تحرزا عن لزوم العقد على
ما صرح به في البزازية بخلاف الفضولي في النكاح فان فسخه قبل الاجازة باطل لان
الحقوق لا ترجع اليه بعد الاجازة بل هو في باب النكاح معبر محض فاذا عبر فقد انتهى
فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الاجازة انفسخ وفي النهاية ان
الفضولي يملك فسخه بالفعل بان زوج فضولي رجلا امرأة برضاها وقبل ان اجازه
الرجل زوجه باختها فان ذلك يكون فسخا للنكاح الاول وفي قاضيخان لا يكون فسخا
و يتوقف الثاني ايضا فظهر من هنا ان لكل من المالك والفضولي والمشتري فسخ العقد
الا ان الفضولي والمشتري يفسخانه قبل اجازة المالك لا بعده بقي الكلام في انفساخ
العقد بالاستحقاق ففي العمادي نقلا عن الذخيرة ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق
ان استحقاق المبيع على المشتري يوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب
نقضه في ظاهر الرواية وذكر رشيد الدين فيه اقوالا ان البيع متى ينفسخ بالاستحقاق
قيل اذا قبض المستحق وقيل ينفسخ بنفس القضاء والصحيح انه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري
على بايعه بالثمن فاذا رجع ينفسخ حتى لو اجاز المستحق بعد ما قضى له او بعد ما قبضه
قبل ان يرجع المشتري على بايعه يصح وعن شمس الائمة الحلواني الصحيح من مذهب اصحابنا
ان القضاء للمستحق لا يكون فسخا للبياعات كلها ما لم يرجع كل واحد على بايعه بالقضاء
ثم المبيع فضولا اذا هلك قبل الاجازة والفسخ فان هلك قبل التسليم الى المشتري بطل البيع
وان هلك بعده لا يجوز بالاجازة وللمالك ان يضمن ايهما شاء من البايع والمشتري
فايهما اختار ضمانه برئ الاخر لان في التضمين تمليكا منه فاذا ملكه من احدهما
لا يمكنه تمليكه من الاخر فان اختار تضمين المشتري بطل البيع لان اخذ القيمة كاخذ العين

ويرجع المشتري بالثمن على البايع لا بما ضمن وان اختار تضمين البايع ينظر ان كان قبض
البايع مضمونا عليه نفذ بيعه بالضمان لان سبب ملكه تقدم عقده وان كان قبضه
امانة فانما صار مضمونا عليه بالتسليم بعد البيع فلا ينفذ بيعه بالضمان لتاخر سبب
ملكه عن العقد وذكر محمد في ظاهر الرواية انه يجوز البيع لتضمين البايع ووجهه انه
سلم اولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كالمغصوب وصح اعتاق المشتري
من الغاصب اذا اجيز البيع عندابح وابي يوسف استحسانا خلافا لمحمد له انه لا عتق
بدون الملك لقوله عم لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم ولا ملك ههنا لان الموقوف لا يفيد
الملك في الحال وما ثبت بالاخرة ثبت مستندا والمستند ثابت من وجه دون
وجه وذلك لا يصحح العتق لان المصحح له هو الملك الكامل لاطلاق ما روينا بخلاف
اعتاق المكاتب فان الملك فيه وان لم يكن كاملا الا ان اعتاقه نافذ لان الملك في حق
العتق وهو الرقبة كامل فيه ولهما ان الملك فيه ثبت موقوفا والاعتاق يجوز ان
يثبت موقوفا على ملك موقوف و ينفذ بنفاذه لوجود المقتضي وهو التصرف الشرعي
وانتفاء المانع وهو الضرر فصار كاعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه اعتاقا
في بيع موقوف وكاعتاق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالديون فانه يصح
وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بجامع كونه اعتاقا في ملك موقوف وفي فتح القدير
وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين ابي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا
الكتاب اي الجامع الصغير فقال ابو يوسف ما رويت لك عن ابح ان العتق جائز وانما
مذهب ابح في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الاصل الفرع صريحا واقل ما هنا
ان يكون في المسئلة روايتان عن ابح قال الحاكم الشهيد قال ابو سليمان هذه
رواية محمد عن ابي يوسف ونحن سمعنا من ابي يوسف انه لا يجوز عتقه انتهى
ولا يصح بيعه يعني ان المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم اجاز المالك بيع الغاصب
لا يصح البيع الثاني بالاتفاق لان بالاجازة ثبت للغاصب ملك بات فاذا طرأ الملك البات
على ملك موقوف لغيره ابطله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد
ولا ينتقض بان الغاصب اذا باع ثم ادى الضمان ينقلب بيعه جائزا وان طرأ ملكه باداء
الضمان على الملك الموقوف للمشتري منه لان ثبوت الملك للغاصب لضرورة الضمان فلا يتعدى

الى ابطال حق المشترى بخلاف ما اذا اعتق الغاصب ثم ادى الضمان فانه لا يصح بالاتفاق
اذ لا عتق بدون الملك المصحح له لما روينا وبخلاف اعتاق المشترى والخيار للبايع ثم اجاز
البايع فانه لا ينفذ لعدم الملك المصحح له وكذا لا ينفذ اعتاق المشترى من الغاصب اذا ادى
الضمان لما ذكرناه وفي رواية هلال ان هذا يصح وفي الهداية وهو الاصح ولو قطعت
يده عند المشترى من الغاصب واخذ المشترى ارشه فاجيز البيع فارشه له اى للمشترى
لان الملك بالاجازة قد تم للمشترى من وقت الشراء لان سبب الملك هو العقد وكان
تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع حق المغصوب منه فاذا ارتفع بالاجازة
ثبت الملك من وقت السبب لكون الاجازة انتهاء كالاذن ابتداء فتبين ان القطع حصل
على ملكه فيكون الارش له وهذا يشبه تخصيص العلة والمخلص معروف فان قيل انه
اذا غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الارش وان ملك المضمون
وان الفضولي اذا قال لامرأة امرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فاجاز
صح التفويض دون التطليق وان ثبت المالكية لها من حين التفويض حكما للاجازة اجيب
عن الاول بان الملك في المغصوب ثبت لضرورة الضمان وهي تندفع بثبوته من وقت
الاداء في حق الارش فلا يملكه لعدم حصوله في ملكه وعن الثاني بان الاصل ان كل
تصرف توقف حكمه على شيء يجب معلقا بالشرط لا سببا من وقت وجوده لئلا يتخلف
الحكم عن السبب الا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فانه يعتبر سببا من وقت
وجوده متاخرا لحكمه الى وقت الاجازة فعند الاجازة ثبت الملك من وقت العقد والتفويض
مما يحتمل التعليق فجعل الموجود من الفضولي معلقا بالاجازة فعندها يصير كانه وجد
الان فلا يثبت حكم الامر وقت الاجازة ويتصدق اى المشترى بما زاد على نصف ثمنه
لان اخذه الارش اما قبل قبض العبد او بعد قبضه فان كان الاول يكون الزائد على
نصف الثمن ربح ما لم يضمن لان العبد قبل قبضه لم يدخل في ضمانه فيطيب له قدر
نصف الثمن لا ما زاد عليه لان ارش اليد الواحدة في العبد نصف القيمة وما دخل في
ضمان المشترى هو ما كان في مقابلة الثمن لا ما يقابل القيمة فما زاد على نصف الثمن
يكون ربح ما لم يضمن وان كان الثاني يكون فيه شبهة عدم الملك اذ لا ملك في الحقيقة
وقت القطع وانما ثبت بطريق الاستناد بعد القطع فكان ثابتا من وجه دون وجه

ومن

ومن اشترى عبدا من غير سيده فقال للبايع انا اريد رد البيع لانك بعتني بغير امر صاحبه
وجحد البايع ذلك ثم اقام المشترى بينة على اقرار البايع او السيد بعدم الامر ببيعه
واراد رده لا تقبل بينته لان البينات تبتنى على صحة الدعوى وقد بطلت دعواه للتناقض
لان اقدامه على الشراء دليل على صحة الشراء وان البايع ملك المبيع ثم دعواه بعد ذلك
انه باعه بغير امره دليل على عدم صحة الشراء وان البايع لم يملك فتناقضا فبطلت
دعواه ولو اقر البايع بذلك اى انه باعه بغير امر سيده عند القاضي فله رده
اى اراد لانه بطل البيع ان طلب المشترى ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار حتى
لو انكر شيئا ثم اقر به صح اقراره الا ان الاقرار حجة قاصرة لا تنفذ في حق الغير فاذا
ساعده المشترى على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فجاز ان ينقض ويرد ولهذا شرط
طلب المشترى كذا في الجامع الصغير واستشكل بمسئلة الزيادات وهي رجل ادعى
على المشترى بان ذلك العبد له وصدقه المشترى في ذلك ثم اقام البينة على البايع
انه اقر بان المبيع لهذا المستحق تقبل بينته وان تناقض في دعواه واجيب في الهداية
ببيان الفرق بينهما بان العبد في مسئلة الجامع الصغير في يد المشترى فيكون
المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لان شرط الرجوع
ايضا في ان العبد في يد المشترى فلا فرق بينهما من هذا الوجه ولو سلم انه في يد
المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقض المبطل للدعوى والاولى ان يقال
ان المشترى اقام البينة على اقرار البايع قبل البيع في مسئلة الجامع الصغير فلم تقبل
للتناقض وفي مسئلة الزيادات اقام البينة على الاقرار بعد البيع فلا يلزم التناقض
فقبلت البينة قال في النهاية ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد ان تاملت فيه برهة
من الزمان قال في الغاية وفيه نظر لان التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن لجواز
ان يكون المشترى اقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البايع بعدم الامر ثم ظهر له ذلك بان قال
عدول سمعناه قبل البيع اقر بذلك ويشهدون به ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم
والواضح في الفرق ما ذكره صاحب الهداية على ما قررناه وما قيل من ان التناقض
المبطل للدعوى باق يجاب عنه بان المشترى غير متناقض من كل وجه لانه لا ينكر
العقد اصلا ولا ملك الثمن للبايع فان بيع مال الغير منعقد وبيد المستحق موقوف

وانما يذكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الاقرار به من حيث اللفظ فكان متناقضا
من وجه اي من حيث اللفظ دون وجه اي من حيث الحقيقة فجعلناه متناقضا في مسئلة
الجامع الصغير لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له اذ هو في يده ولم نجعله
متناقضا في مسئلة الزيادات لانه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته
لكونه في يد غيره وكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الامكان فصرنا اليه ولو اشترى
دارا من فضولي وادخلها في بنائه فلا ضمان على الفضولي عند ابي ح وابي يوسف
خلافا لمحمد قال انه يضمن وهو قول ابي يوسف اولا وهو مسئلة غصب العقار وسياتي
بيانه في بابه قال في البحر والمراد بالدار العرصة بقرينة قوله ادخلها في بنائه فلا حاجة
الى هذا التخصيص على ما يعرف بالتامل **باب السلم** لما فرغ من انواع البيع التي لا يشترط
فيها قبض العوضين او احدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك هو في اللغة بمعنى السلف
يقال اسلمت اليه بمعنى اسلفت وفي اصطلاح الفقهاء بيع اجل معدوم في ملكه بعاجل
اشار الى اشتراط قبض الثمن حيث ادخل الباء على العاجل وله سبعة عشر شرطا ستة
في راس المال واحد عشر في المسلم فيه على ما صرح به في التاتارخانية نقلا عن السفناقي
وسياتي ذكرها وحكمه ثبوت الملك للمسلم اليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين
الكائن في الذمة وركنه الايجاب والقبول بان يقول رب السلم للمسلم اليه اسلمت اليك
عشرة دراهم في كر حنطة او اسلفت فقال الاخر قبلت ولو صدر الايجاب عن المسلم اليه
والقبول من رب السلم يجوز على ما في العناية وجوازه ثابت بالكتاب والسنة قال
الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه ولانه عم نهى عن بيع
ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ويصح فيما امكن ضبط صفته ومعرفة قدره
لا في غيره فيصح في المكيل كيلا والموزون وزنا لقوله عم فيما رواه البخاري من اسلم
منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم الامر للوجوب وينصرف الى كونه
معلوما بقرينة ان نفس السلم ليس بواجب ووجوب الوصف يدل على جواز الموصوف
وهو المكيل والموزون ولو اسلم في المكيل وزنا او بالعكس اختلفوا فيه ففي رواية
الطحاوي عن اصحابنا انه يجوز وفي رواية الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز والفتوى
على رواية الطحاوي على ما في فتاوى القاضي الامام لتعامل الناس ولان الكيل والوزن

لما

انما شرطا في السلم لمعرفة المقدار لا لنفي الربوا لانه لا يقابل بجنسه لان المودى عين
الواجب ولو حكما في باب السلم فيكون بدلا عن راس المال ولا ربوا بينهما ثم المراد
بالموزون غير النقدين على ما اشار اليه بقوله سوى النقدين لانهما اثمان دائما لانها
خلقا للثمنية والمسلم فيه لا يكون ثمنا بل يكون مثمنا البتة فلا يصح السلم فيهما ثم اختلفوا
فقيل يكون العقد باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن موجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين
بقدر الامكان والاعتبار في العقود للمعاني ومحل الخلاف فيما اسلم عروضا في
النقدين حتى يكون بيع العروض بدراهم موجلة بناء على انهما قصدا مبادلة العروض
بالدراهم واما اذا كان كلاهما من النقدين بان اسلم عشرة دراهم بعشرة فلا يجوز
بالاتفاق قالوا الاصح كونه باطلا لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه
وهما اوجباه في المسلم فيه وهو اذا كان من الاثمان لا يصح تصحيحه لانها لا يكون
مثمنا وتصحيحه في العروض تصحيح في غير ما اوجباه فيه فلا يكون صحيحا ويصح ايضا
في العددي المتقارب كالجوز والبيض عددا او كيلا لانه معلوم مضبوط الوصف
مقدور التسليم فيلحق بمحل النص اعني المكيل والموزون واحترز بالمتقارب عن العددي
المتفاوت نحو البطيخ والرمان لانه تتفاوت احاده تفاوتا فاحشا فلا يجوز
وقال زفر لا يجوز في العددي المتقارب كيلا لانه عددي لا كيلي وعنه انه لا يجوز
عددا ايضا لوجود التفاوت في الاحاد قلنا ان المقدار معرفة مرة يعرف
بالعدد واخرى بالكيل فامكن الضبط بهما فيكون جائزا وكونه معدودا باصطلاحهما
فجاز اهداره والاصطلاح على كونه كيليا قال في الخلاصة ولا يجوز السلم في
الرمان والسفرجل وكذا في كل عددي متفاوت وتفسيره ما نقل عن ابي يوسف
ما اختلف احاده في القيمة واتفق اجناسه كالبطيخ والسفرجل والقثاء ونحوها
لانك ترى بطيخا بدرهم وبطيخا بدانق وما اختلف اجناسه واتفق احاده فهو عددي
متقارب كالجوز والبيض عددا ونحوهما ويرتفع الجهالة بذكر النوع والعدد لانك
لا ترى بيضا تشترى بدانق وتشترى الاخرى بفلس ولا باس بالسلم في الجوز
كيلا بعد ان يكون بمكيال معروف والسلم في الجوز والبيض عددا يجوز ايضا والصغير
والكبير سواء وتشترط بيان الصفة في ظاهر الرواية وبيض الدجاج وسائر البيضات

سواء انتهى وكذا الفلوس اى يجوز السلم فيه عددا عند ابى ح وابى يوسف خلافا لمحمد
لانها اثمان فلا يجوز السلم فيها لما ذكرناه ولهما ان الثمنية فى حق المتعاقدين ثابتة
باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليها فلهما ابطالها باصطلاحهما فاذا بطلت الثمنية
صارت مثمنا تتعين بالتعيين فيجوز السلم فيه وقال بعض مشايخنا جواز السلم فى
الفلوس اتفاق ولم يذكر فى الجامع الصغير خلاف محمد ايضا فلا بد له من بيان فرق
لمحمد بين البيع والسلم حيث لا يجوز البيع فيها عنده على ما مر فالفرق هو ان كون المسلم فيه
مثمنا من ضرورات جواز السلم فاقدامها على السلم يدل على ابطال الاصطلاح
فى حقها فعاد مثمنا وليس من ضرورات جواز البيع كون المبيع مثمنا فالاقدام على
البيع لا يدل على ابطال الاصطلاح فى حقها فبقى ثمنا كما كان وفسد بيع الواحد
بالاثنين عنده كما تقدم ذكره ويصح فى اللبن بكسر الباء والاجر اذا سمى ملبن معلوم
لان احادها لا يختلف اختلافا يفضى الى المنازعة بعد ذكر الالة وهل يلزم ذكر العدد
والمكان ففى الخلاصة ولا باس بالسلم فى اللبن والاجر اذا بين الملبن والمكان وذكر
عددا قال بعضهم مكان الايفاء وهذا قول ابى ح وقال بعضهم المكان الذى يضرب فيه
اللبن انتهى ويصح فى المذروع كالثوب والبسط والبوارى ان بين طوله وعرضه
ورقته اى غلظه وثخانته لان بهذا البيان صار مضبوط الصفة ومعروف المقدار
وارتفعت الجهالة فيكون ملحقا بمورد النص وهو المكيل والموزون وفى الفتاوى
الصغرى ذكر الطول والعرض شرط جواز السلم فى المذروعات وهل يشترط
ذكر الوزن فى الحرير ذكر الامام السرخسى فى نسخته انه شرط وهكذا فى التجريد
والمنتقى وقال فى الخلاصة بعد هذه المسئلة واما السلم فى الثوب ان اطلق
ذكر الذراع فله ذراع وسط قال محمد والمعتبر فى عرفنا الذراع الخاقانى ويصح فى
السمك المالح اى المملوح وهو المقدد الذى فيه ملح وزنا ونوعا معلومين لانه
يصير مضبوط الوصف والقدر مقدور التسليم لعدم انقطاعه وكذا الطرى فى
حينه اى وقته فقط وزنا لان فى غير وقته لا يجوز لكونه غير مقدور التسليم
حتى لو كان فى بلد لا ينقطع جاز ولا يجوز فيهما اى فى السمك المالح والطرى عددا
للتفاوت وفى البحر عن الايضاح الصحيح ان فى الصغار من السمك يجوز السلم وزنا

وكيلا وفى الكبار روايتان ولا فى الحيوان موصوفا كان او مطلقا وفى الاول خلاف
الشافعى لانه بالتوصيف يمكن ضبطه ببيان الجنس كالابل والسن كالجذع والثنى والنوع
كالبخت والعراب والصفة كالسمن والهزال قلنا بعد ذكر هذه الاوصاف يبقى
تفاوت فاحش فى المالية باعتبار المعانى الباطنة لعدم امكان ضبط باطنه
فقد يكون فرسان متساويان فى الاوصاف المذكورة ويزيد ثمن احدهما زيادة
فاحشة للمعانى الباطنة فيفضى الى المنازعة فان قيل قد صح على شرط مسلم عن عبد
الله بن عمر ان النبى عم امر عمرو بن العاص ان يشترى بعيرا ببعيرين فى تجهيز الجيش
الى اجل معلوم وانه عم استقرض بكرا وقضاه رباعيا والسلم اقرب الى الجواز من
الاستقراض اجيب عن الاول بانه قبل نزول اية الربوا او كان فى دار الحرب ولا ربوا
فيه بين الحربى والمسلم وتجهيز الجيش وان كان فى دار الاسلام فنقل الالات
المهمة فى تجهيز الاسلام كان من دار الحرب لغيرتها فى دار الاسلام يومئذ
وعن الثانى بان القرض لم يكن ثابتا فى ذمة رسول الله عم بدليل انه عم قضاه
من ابل الصدقة والصدقة حرام عليه فكيف يجوز ان يفعل ذلك ولا فى
اطرافه كالروس والاكارع لانها عددية تتفاوت ولا مقدر له ولا فى جلوده
عددا لتفاوتها صغرا وكبرا قوله عددا قيد لكل من الاطراف والجلود وليس للاحتراز
عن الوزن بل هو بيان انها عددية فعلم منه عدم جوازها وهو المروى عن محمد
وفى الخانية والكافى وعليه الفتوى وذلك لان ما دونه عاجل فلا ينافى سبب الترفه
التى شرع السلم لاجلها وروى الطحاوى ان اقله ثلاثة ايام اعتبارا بشرط الخيار وقيل
اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مضبوطا فى المجلس والمؤجل ما يتاخر قبضه
عن المجلس وفى السراجية وادنى مدة الاجل ما يمكن تحصيل السلم فيه وهو
المختار وبيان قدر راس المال ان كان راس المال كيليا او وزنيا او عدديا متقاربا
لان العقد يتعلق بمقداره بخلاف ما اذا لم يتعلق العقد بمقداره كالثوب فلا يشترط
بيان القدر ويكتفى بالاشارة والتعيين بالاتفاق فلا يجوز السلم عند ابى ح
فى جنسين بلا بيان راس مال كل منهما بان اسلم مائة درهم فى كر حنطة وكر شعير
ولم يبين حصة كل من الحنطة والشعير من راس المال مائة درهم لانه ينقسم عليهما

باعتبار القيمة ولا يعرف ذلك الا بالتقدير واذا لم يقدر لا يكون حصة كل منها معلوما
فلا يجوز ولا ينعقد بلا بيان حصة كل منها من المسلم فيه بان اسلم دراهم ودنانير في مقدار
معلوم من الحنطة ولم يبين حصة كل منها من الحنطة واذا لم يعلم حصتها منها لم يكن راس
المال معلوما وبيان مكان ايفائه ان كان له حمل بفتح الحاء ومؤنة اي له نقل يحتاج في
حمله الى ظهر او اجرة حمال وهذان الاخيران شرطان عند ابح وهو المروي عن ابن عمر
وعندهما لا يشترط معرفة قدر راس المال اذا كان معينا لانه صار معلوما بالاشارة
فلا حاجة الى اعلام قدره كما اذا جعل واحد من المكيل او الموزون او العددي المتقارب
ثمن المبيع او اجرة في الاجارة واشير اليها جاز وان لم يعرف مقدارها فكذا ينبغي ان يكتفى
بالاشارة في راس المال بجامع كونها بدلا وصار كما اذا كان راس المال ثوبا فان
الاشارة فيه يكفي اتفاقا وان لم يعرف ذرعانه لما ذكرناه ولابح انه ربما يوجد بعضها
زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي بعضا ان جهالة قدر
راس المال يستلزم جهالة المسلم فيه لان المجلس اليه ينفق راس المال شيئا فشيئا وربما
يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدل في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده
فاذا لم يكن مقدار راس المال معلوما لا يعلم في كم انتقض السلم وفي كم بقي وجهالة
المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها ولان المسلم اليه فيه قد يعجز عن تسليم
المسلم فيه وليس لرب السلم الا راس ماله واذا كان مجهول القدر يتعذر ذلك وهذا
وان كان موهوما لكن الموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي اذ القياس
ينافيه ولا يشترط عندهما ايضا مكان الايفاء ويوفيه في مكان عقده اذ لا يزاحمه
مكان اخر لعدم ما يوجبه فيتعين هو لان العقد الموجب للايفاء وجد فيه وصار
كالقرض والغصب في تعيين مكانها للتسليم ولابح ان السلم لا يجب فيه التسليم في
الحال لاشتراط الاجل فيه بالاتفاق فلا يتعين مكان العقد فيه للتسليم بخلاف القرض
والغصب فان تسليمها يستحق بنفس الالتزام لعدم الاجل فيها فيتعين موضعه واذا
ثبت ان مكان العقد لم يتعين للايفاء بقي مكان الايفاء مجهولا يفضي الى المنازعة لان قيم
الاشياء يختلف باختلاف المكان فصار كجهالة الصفة فلا بد من البيان واختلفوا
في ان الاختلاف في المكان هل يوجب التحالف اولا فقيل انه يوجب عنده بناء على ما مر

ان

ان الجهالة في المكان كالجهالة في الصفة فصار الاختلاف فيه كالاختلاف في الجودة
والرداءة في احد البدلين وقيل لا يوجب عنده بل القول للمسلم اليه وعندهما يوجب
لان تعيين المكان من مقتضى العقد عندهما فكان الاختلاف فيه كالاختلاف في نفس
العقد وعنده لما لم يكن من مقتضاه صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب
التحالف واعلم ان الاختلاف في الاجل في السلم لا يخلو من ثلاثة اوجه اما ان اختلفا
في اصل الاجل بان قال احدهما كان باجل وقال الاخر بغير اجل او اختلفا في مقدار
الاجل بان قال رب السلم كان الاجل شهرا وقال المسلم اليه لا بل شهرين او اختلفا
في المضي بان قال رب السلم كان الاجل شهرا وقد مضى وقال المسلم اليه لم يمض بعد
وانما اسلمت الى الساعة فان اختلفا في اصل الاجل فهو على وجهين اما ان يكون
مدعي الاجل الطالب او المطلوب فاذا كان مدعي الاجل هو الطالب والمطلوب ينكر
ولم تقم لهما بينة فالقياس ان يكون القول قول المطلوب مع يمينه وفي الاستحسان
يكون القول قول الطالب مع يمينه هذا اذا كان طالب الاجل هو المدعي واما اذا كان
المطلوب هو مدعي الاجل قال ابوح ان القول قوله استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد
ان القول قول الطالب هذا اذا لم يقم لاحدهما بينة وان قامت لاحدهما بينة قبلت
وان اقاما البينة فبينة مدعي الاجل اولى هذا اذا اختلفا في اصل الاجل وان اختلفا
في مقدار الاجل ان لم يقم لاحدهما بينة فالقول قول الطالب مع يمينه ولا يتحالفان
عند علمائنا الثلاثة وقال زفر يتحالفان هذا اذا لم يقم لاحدهما بينة فان قامت
لاحدهما بينة يقضى ببينته وان اقاما جميعا فالبينة بينة المط وان اختلفا في المضي
ان لم يقم لاحدهما بينة فالقول قول المط انه لم يمض وان قامت لاحدهما بينة تقبل
بينته وان اقاما جميعا فالبينة بينة المط كذا في التاتارخانية وقال في الوجيز
اذا اختلفا في قدر المسلم فيه او جنسه او وصفه او ذرعانه او اختلفا في راس
المال كذلك تحالفا وترادا وان اقام احدهما البينة قضي له وان اقاما البينة قضي
لرب السلم ولو اختلفا في راس المال واقاما البينة قضي للمسلم اليه ومثله اي مثل
الاختلاف في مكان الايفاء في السلم الاختلاف في اشتراط بيان مكان الايفاء
الثمن والاجرة والقسمة صورتها اشترى شيئا بمكيل او موزون موصوف في الذمة

يشترط بيان مكان الايفاء عنده وعندهما لا ويتعين مكان العقد وقيل لا يشترط بالاتفاق
والاول اصح ما اختاره شمس الائمة استاجر دارا او دابة بكيل او موزون موصوف
في الذمة يشترط بيان مكان الايفاء عنده وعندهما لا ويتعين في اجارة الدار مكانها
وفي اجارة الدابة مكان تسليمها اقتسما دارا واخذ احدهما اكثر من نصيبه والتزم في مقابلة
الزائد مكيلا او موزونا موصوفا في الذمة يشترط عنده مكان الايفاء وعندهما لا
ويتعين مكان القسمة وما لا حمل له وهو ما يقابل ما له حمل على ما ذكرناه وقيل هو الذي لو
امر انسانا بحمله الى مجلس القضاء حمله مجانا وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة يوفيه حيث
شاء في الاصح اتفاقا يعني اتفقوا على ان بيان مكان الايفاء ليس بشرط فيه لصحة
السلم لاستواء الاماكن كلها فيه لعدم اختلاف المالية باختلافها لعدم الاحتياج الى
مؤنة الحمل واختلفت الرواية في انه هل يتعين مكان العقد للايفاء او لا يتعين فيما اذا
لم يبينا مكانا للايفاء ففي رواية الجامع الصغير يتعين لانه موضع الالتزام فيرجح على
غيره وفي رواية كتاب الاجارات يوفيه في اي مكان شاء قالوا وهو الاصح لما ذكرناه
من عدم اختلاف المالية وان بينا مكانا للايفاء تعين ذلك له لانه قد يفيد امن خطر
الطريق فيعتبر وعن ابي ح انه لا يتعين اصلا بينا او لم يبينا لعدم اختلاف المالية
وقبض راس المال سواء كان من النقود او من العروض التي تقبل التعيين قبل التفرق
اي بدنا لا مكانا حتى لو مشيا فرسخا الى جهة واحدة قبل القبض لم يفسد العقد
ما لم يتفرقا بدنا من غير قبض بخلاف خيار المخيرة حيث يبطل خيارها ولو مشت
مع زوجها ولو الى جهة واحدة لوجود الاعراض عنها شرط بقائه اي صحيحا بعد
وقوعه صحيحا اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين لانها لا تتعين في
العقود فيصير دينا في الذمة وقد نهى النبي عم عن بيع الكالي بالكالي واما اذا كان
من العروض فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ علمها انباء عنه معنى السلف والسلم
والمسلم فيه اجل فوجب ان يكون راس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه
اسمه لغة كالصرف والحوالة والكفالة فانها عقود تثبت احكامها بمقتضيات اساميها
لغة ولهذا قالوا يبطل السلم بخيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه
مانعا من الانعقاد في حق الحكم والقبض ينبني عليه ولا يثبت في المسلم فيه خيار الرؤية

ايضا لعدم فائدته لان فائدته الفسخ عند الرؤية والمسلم فيه دين في الذمة وما يأخذه
غيره فلو رد ما في ذمته بحكم خيار الرؤية اعطاه غير الواجب لكونه لا يتعين فلا يفيد
بخلاف خيار العيب والرؤية في راس المال حيث يثبتان فيه اذا كان مما يتعين بالتعيين
لانهما يفيدان الفسخ بالرؤية لان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة في القبض واعلم
ان هذا المحرر الشروط التي ذكرها المص وجملة الشروط المعتبرة في السلم على ما ذكره
في التاتارخانية نقلا عن السغناقي سبعة عشر ستة منها معتبرة في راس المال
واحد عشر معتبرة في المسلم فيه اما الستة المعتبرة في راس المال احدها بيان
جنسه انه دراهم او دنانير او البر او الشعير او نحوها وثانيها بيان نوعه انه درهم
غطريفية او عدالية او دنانير محمودية او مصرية او هندية او قسطنطنية او بر او شعير
سقية او نجسية لكن هذا اذا كان في البلد نقود مختلفة والا فلا حاجة الى بيان نوعه
بل يكفي بيان جنسه وثالثها بيان صفته انه جيد او ردي او وسط ورابعها اعلام
قدر راس المال وخامسها كون الدراهم والدنانير منتقدة وهذا شرط الجواز ايضا
عند ابي ح مع اعلام قدره وسادسها قبض راس المال في المجلس قبل الافتراق على ما تقدم
بيانه واما المعتبرة في المسلم فيه فهو احد عشر احدها بيان جنس المسلم فيه انه حنطة
او شعير او سمن او زبيب وثانيها بيان نوعه وثالثها بيان صفته ورابعها اعلام
قدر المسلم فيه على ما في راس المال وخامسها ان لا يشتمل البدلين احد وصفي علة
الربوا وهو القدر والجنس وسادسها ان يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين وسابعها
الاجل في المسلم فيه وثامنها ان يكون العقد باتا لا خيار فيه على ما تقدم ذكره
وتاسعها ان لا يتصرف فيه قبل القبض في المجلس كما هو شرط في راس المال
وعاشرها بيان مكان الايفاء والحادي عشر ان يكون المسلم فيه مما يضبط وصفه
وهذه الشروط كلها مذكورة في الكتاب ايضا فلو اسلم مائة نقدا او مائة دينا
على المسلم اليه في كر حنطة او شعير مثلا بطل في حصة الدين فقط لفوات القبض
في حصته سواء اطلق المائتين ابتداء او اضاف احدهما الى الدين ويجوز في حصة النقد
النقد لوجود قبض راس المال في المجلس بقدره ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ
السلم وقع صحيحا في الكل حتى لو نقد مائتين قبل الافتراق صح الكل لان الدين لا يتعين

في العقد والبطلان الطارى لا يشيع ولذا قال في قاضيخان ولو اسلم الى رجل دينا له عليه
وافترقا قبل النقد لا يجوز وان نقد قبل الافتراق فيجوز انتهى قيد بالدين على المسلم اليه
لان الدين على غيره يوجب شيوع الفساد لانها ليست بمال في حقهما ولا يجوز التصرف
في راس المال اذ المسلم فيه قبل قبضه بشركة او تولية او هبة او وصية او مرابحة او بيع
اما في راس المال فلانه مستحق القبض في المجلس والتصرف فيه قبل قبضه ينافيه
واما في المسلم فيه فلانه مبيع والتصرف في المبيع المنقول قبل قبضه لا يجوز ولا باس
به بعد القبض ولا يجوز لرب السلم شراء شيء من المسلم اليه براس المال بعد التقايل قبل
قبضه اى قبض راس المال بتمامه صورته اسلم ثم تقايلا فاراد رب السلم ان يشترى
شيئا من المسلم اليه براس مال السلم لم يجز له ذلك قبل ان يقبضه كله لقوله عم لا تاخذ
الا سلمك او راس مالك اى حال قيام العقد او عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع
لان الاقالة بيع في حق ثالث وهو الشرع هنا والبيع يقتضى وجود المعقود عليه
والمسلم فيه لا يصلح لذلك لسقوطه بالاقالة فلابد من جعل راس المال مبيعا ليرد
عليه عقد الاقالة والمبيع مطلقا حقيقة او شبها لها لا يجوز التصرف فيه قبل
القبض ولو اشترى المسلم اليه من رجل حين حل اجل السلم كرا وامر رب السلم بقبضه
قضاء لحقه اى المسلم فيه لا يصح اى لم يكن قبضه هذا قضاء لحقه حتى لو هلك المقبوض
في يد رب السلم كان من مال المسلم اليه لانه اجتمع فيه صفقتان كلاهما بشرط الكيل
احدهما بين المسلم اليه وبين بايعه والاخرى بين المسلم اليه وبين رب السلم فلابد
من الكيل مرتين لما روينا ان النبي عم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان
صاع البايع وصاع المشترى ومحله ما يجتمع فيه الصفقتان ولما لم يوجد الكيلان
لم يصح القبض فان قيل ان بيع المسلم اليه مع رب السلم كان سابقا على شرى المسلم اليه
من بايعه فلا يكون للمسلم اليه بايعا بعد الشراء فلم يتحقق الصفقة الثانية حتى يدخل
تحت هذا النهى قلنا سلمناه لكن قبض المسلم فيه لاحق فيتاخر وقبض المسلم فيه بمنزلة
ابتداء البيع لانه دين في ذمة المسلم اليه والمقبوض عين والعين غير الدين حقيقة وان
جعل عينه في حق حرمة الاستبدال قبل القبض خاصة فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط
الكيل فاجتمع الصفقتان فلابد من تكرار الكيل ولو امر المستقرض مقرضه بذلك اى

بقبض الكر الذى اشتراه المستقرض من رجل فقبضه المقرض من رجل صح قبضه وصار
مستوفيا حقه بلا تجديد كيل لان القرض اعارة فيكون المرد وعين المقبوض تقديرا
اى عين حقه فلم يكن استبدالا فلا يجتمع فيه الصفقتان فلا يلزم تكرار الكيل وكذا لو
استقرض المسلم اليه من رجل وامر رب السلم بقبضه يكتفى فيه بكيل واحد على ما
في العناية وكذا لو امر المسلم اليه رب السلم بقبضه اى بقبض ما شراه من رجل له اى
للمسلم اليه ثم لنفسه اى لرب السلم فاكتاله رب السلم لاجل المسلم اليه ثم اكتاله لنفسه
صح قبضه لنفسه ويكون مستوفيا حقه لوجود الكيلين ولو اكتال المسلم اليه في
ظرف رب السلم بامره اى بامر رب السلم وهو اى رب السلم غائب لا يكون كيل المسلم اليه
في ظرف رب السلم بامره في غيبته قبضا للمسلم فيه حتى يهلك من مال المسلم اليه لان
الامر بالكيل لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين لا في العين فلا يصح الامر وصار
المسلم اليه مستعيرا للظرف من رب السلم فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع
الداين اليه كيسا ليزنها فيه حيث لم يصر قابضا ولو اكتال البايع كذلك اى لو اشترى
من رجل حنطة مثلا بعينها ودفع ظرفه الى البايع وامره بان يكتال الحنطة المشتراة
منه في ذلك الظرف واكتاله البايع في ظرفه والمشترى غائب كان وقوعه في
ظرفه قبضا لانه ملكه بالشراء لا محالة فصح الامر باكتياله لمصادفته ملكه فصار
البايع وكيلا عنه في امساك ظرفه فيكون الظرف في يد المشترى حكما فكذا ما وقع
فيه من الحنطة حتى لو هلك هلك من ملك المشترى فاكتفى فيه بكيل واحد على الصحيح
بخلاف ما لو اكتاله البايع بامر المشترى في ظرف نفسه اى نفس البايع او ناحية بيته
فانه لم يصر المشترى بهذا الكيل قابضا لانه استعار من البايع ظرفه ولم يقبضه فلا يصير
الظرف في يد المشترى لان الاستعارة تبرع لا تتم بدون القبض فكذا ما وقع فيه
وكذا الحال في ناحية بيته ولو اكتال البايع الدين المسلم فيه والعين المشتراة في
ظرف المشترى بامره ان بدا البايع بالعين كان ذلك قبضا وان بدا بالدين فلا
صورته رجل اسلم في كر حنطة مثلا فلما حل الاجل اشترى رب السلم من المسلم اليه
كرا اخر بعينه ودفع اليه ظرفه ليجعل الدين والعين فيه فان كان البايع يجعل فيه
اولا العين صار المشترى بذلك قابضا حقه جميعا اما العين فلصحة الامر فيه لما ذكرنا

واما الدين فلاتصاله بملك المشترى برضاه والاتصال بالملك بالرضاء يثبت القبض كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى الصائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار فانه يملكه بالاتصال وان كان يجعل فيه اولا الدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم مصادقته الملك لان حقه في الدين لا في العين الموفقة في ظرفه فكان المامور بجعلها في ظرف الآمر متصرفا في ملك نفسه واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عنده فينفسخ العقد فان قيل الخلط حصل باذن المشترى فلو ينقض البيع اجيب بان الخلط على هذا الوجه لم يحصل باذن المشترى بل الخلط على وجه يصير الآمر به قابضا هذا عند ابى حنيفة وعندهما صح قبض العين فيما بدأ بالدين فان شاء المشترى رضى بالشركة مع البائع وان شاء فسخ البيع لان الخلط ليس باستهلاك عندهما ولو اسلم رجل امة في كر حنطة مثلا ودفعت الامة الى المسلم اليه وقبضت ثم تقايلا فماتت الامة في يد المسلم اليه قبل ردها بقى التقايل ويجب قيمتها يوم قبضها ولو ماتت الامة ثم تقايلا صح الاقالة وتجب قيمتها يوم قبضها لانها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه هو المسلم فيه وذلك باق فصحت الاقالة حال بقائه ابتداء واذا صحت ابتداء صحت انتهاء ايضا كما لو تقايلا وماتت قبل ردها لان البقاء اسهل من الابتداء ثم اذا انفسخ العقد في المسلم فيه بالاقالة انفسخ في راس المال ايضا تبعا فيجب ردها وقد عجز بهلاكها فيجب عليه رد قيمتها فان قيل الجارية قد هلكت والمسلم فيه سقط بالاقالة فصار كهلاك العوضين في بيع المقايضة وهو يمنع صحة الاقالة قلنا لما وجب رد القيمة كان احد العوضين باقيا لانها تقوم مقام عين الجارية وكذا المقايضة في الوجهين فلو تقايلاها ثم هلك احد العوضين تبقى الاقالة ولو تقايلا بعد هلاك احد العوضين صحت الاقالة لان كل واحد من العوضين فيها يصلح مبيعا فيبقى العقد ببقائه فتصح الاقالة بخلاف الشراء بالثمن فيهما اى في الصورتين اى اشترى امة بالف درهم ثم تقايلا فماتت الامة في يد المشترى بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فهى باطلة ايضا لان المعقود عليه في البيع هى الامة وقد هلكت فلم يبق العقد فلم يصح الفسخ بالاقالة ولو ادعى احد عاقدى السلم بيان الاجل واشتراط الرداءة

والكر

وانكر الآخر ولا بينة لهما فالقول لمدعيهما اى الاجل واشتراط الرداءة لانه يدعى الصحة اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا وموصوفا فكان الظاهر شاهدا له مطلقا اى سواء كان المدعى رب السلم او المسلم اليه فيهما وقالا القول للمنكر ان كان المنكر رب السلم في المسئلة الاولى او كان المنكر المسلم اليه في الثانية والاصل في جنس هذه المسائل انهما اذا اختلفا في صحة العقد بعد اتفاقهما على عقد واحد فان خرج كلام احدهما مخرج التعنت كان باطلا وكان القول لمدعى الصحة وان خرج مخرج الخصومة فكذلك عند ابى حنيفة وعندهما القول للمنكر فلو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول لرب السلم لان المسلم اليه متعنت حيث ينكر نفعه ورب السلم ينكر ما يضره والظاهر يشهد له لانهما انما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو الاجل والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وجه الصحة كان الظاهر شاهدا لرب السلم فيكون القول قوله فان قيل لا نسلم ان المسلم اليه متعنت لانه بانكاره يدعى ما ينفعه وهو فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يربو على راس المال عادة فيكون نافعا له فيكون القول اجيب عنه بان الفساد لعدم الاجل غير متيقن لكونه مجتهدا فيه فان الشافعى يجوز السلم الحال بلا تاجيل واذا لم يكن الفساد متيقنا بعدم الاجل لم يلزم من انكاره الاجل رد راس المال حتى يسلم له المسلم فيه فينفعه واذا عكست المسئلة بان يدعى المسلم اليه الاجل ورب السلم ينكره فالقول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول له وان انكر الصحة كرب المال في المضاربة اذا قال المضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لى نصف الربح فالقول لرب المال وان انكر الصحة وعند ابى حنيفة القول للمسلم اليه لانه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته والظاهر يشهد له فيكون القول له والقياس على المضاربة فاسد للفارق لانه ليس بعقد لازم حتى يتمكن كل واحد منهما من فسخه بخلاف السلم فانه لازم ولو قال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم اشترط شيئا فالقول للمسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره صحة السلم لانه ينكر ما ينفعه والمسلم اليه يدعى ما ينفعه لان المسلم فيه يربو على راس المال عادة والظاهر يشهد له لانهما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد

بدونه وهو بيان الوصف والظاهر انهما باشرا على وجه الصحة فكان الظاهر شاهدا للمسلم اليه
فيكون القول له واذا انعكست المسئلة بان يدعي رب السلم الوصف وانكره المسلم اليه
فالقول لرب السلم عند ابي ح لانه يدعي الصحة وعندهما للمسلم اليه لانه منكر وان انكر
الصحة على ما ذكره المتاخرون والاستصناع وهو ان يجئ الى الصانع فيقول اصنع لي
شيئا صورته كذا وقدره كذا بكذا درهما وسلم اليه جميع الدراهم او بعضه او لا يسلم
اصلا ثم هذا لا يخلو اما ان يكون فيه تعامل كان يطلب من الخفاف خفا باديم من
عنده او فيما لا تعامل فيه كان يطلب من الخياط ان يخيط له قميصا بكرباس
من عنده والاول لا يخلو اما ان يضرب فيه الاجل او لا والثاني يكون استصناعا
ويجوز استحسانا والقياس عدم جوازه وهو قول زفر والشافعي لانه بيع المعدوم
وجه الاستحسان ما روي ان النبي عم استصنع خاتما ومنبرا ولان المسلمين
تعاملوه من لدن رسول الله عم الى يومنا هذا من غير نكير فنزل منزلة الاجماع
وهو قاض على القياس كما في اجارة الحمام قبل الدخول وان كان مقدار المكث
والماء المصبوب غير معلوم بخلاف المزارعة عند ابي ح فانها فاسدة عنده مع
تعامل الناس فيها لانها تختلف فيها في الصدر الاول فلم يعمل بالتعامل فيها بل عمل
بالقياس ولم يثبت الخلاف في الاستصناع في القرن الاول فترك فيه القياس
بالتعامل والاول يكون سلما عند ابي ح حتى لا يثبت فيه الخيار ويشترط فيه
شرائط السلم وعندهما هو استصناع بحاله عملا بحقيقة اللفظ ويحمل الاجل
على التعجيل ولابي ح انه يحتمل السلم باعتبار ضرب الاجل والاستصناع باعتبار
حقيقة اللفظ فيحمل على السلم لانه ثبت بالكتاب وفي ثبوت الاستصناع شبهة
لكونه مجتهدا فيه فكان الحمل على الاول اولى والثاني ايضا لا يخلو اما ان يضرب
فيه الاجل او لا يضرب والثاني لا يجوز مطلقا والاول يجوز سلما بالاتفاق لانه
لا يمكن حمله على الاستصناع لفساده فيترك الحقيقة ويعمل بالاجل اذا عرفت
هذا ظهر لك شرح قوله باجل يصح فيه السلم لا مطلقا سلم غير للاستصناع
اي عقد سلم عملا بالاجل لانه لازم للسلم فيصح فيما امكن ضبط صفته وقدره
ما يجري فيه السلم تعورف بالتعامل او لا تعورف به على ما ذكرنا انفا وبلا اجل

يصح

يصح استصناعا فيما تعورف كخف اي كطلب خف باديم من عند الخفاف وطست وقمقمة
فلا يصح فيما لا تعامل فيه كالثوب على ما سيصرح به ثم اختلفوا فيما يجوز فيه الاستصناع
انه بيع او مواعدة والصحيح انه بيع عند عامة المشايخ واختاره المص فقال وهو اي
الاستصناع بيع لان محمدا سماه بيعا واثبت فيه لوازم البيع من خيار الرؤية ونحوها
وذكر فيه القياس والاستحسان وفصل بين ما فيه التعامل وما لا تعامل فيه
والمواعيد يجوز قياسا واستحسانا بلا فرق بينهما والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما
للتعامل والضرورة كما في الاجارة فيصح بيعا لا عدة وهو اختيار الحاكم الشهيد والصفار
ومحمد بن سلمة وانما ينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا وما نحن فيه ليس كذلك
فلا ينعقد بالتعاطي الا عند اتيانه مفروغا الا عند الاستصناع ثم فرع على كونه بيعا
قوله فيجبر الصانع على عمله لانه باع ما لم يره ولا يجبر المستصنع على القبول لحين رآه
لانه اشترى ما لم يره فله خيار الرؤية وعن ابي ح انه لا جبر على الصانع على عمله احترازا
عن الضرر والاول اصح على ما في العناية ولا يرجع المستصنع عنه اي عن الاستصناع
بعد ما استصنع لان العقد انعقد بينهما فلا يرجع بعده قبل الرؤية ولو كان مواعدة
لصح رجوعه ثم اختلف القائلون بانه بيع في المبيع انه العين او العمل وعامة المشايخ
على انه العين واختاره المص فقال والمبيع هو العين لا عمله خلافا لابي سعيد البردعي
فان عنده الاستصناع اجارة فيكون المبيع هو العمل عنده واستدلوا على انه هو
العين بقول محمد لانه اشترى ما لم يره ثم فرع على كون المبيع هو العين قوله فلو اتى بما
صنعه غيره او صنعه هو قبل العقد فاخذه الامر صح لحصول الحق فان قيل لو كان
بيعا والمبيع عينا لما بطل بموت احد العاقدين لكنه يبطل اجيب بان الاستصناع شبيها
بالاجارة من حيث ان فيه طلب العمل وشبها بالبيع من حيث ان المقصود منه هو العين
المستصنع فللشبه الاول قلنا يبطل بموت احدهما وللشبه الثاني اجرينا فيه القياس
والاستحسان وخيار الرؤية ولم يوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد ولا يتعين
عين المعقود عليه للمستصنع بلا اختياره لانه اشترى ما لم يره فله خيار التعيين
واذا لم يتعين له فيصح بيع الصانع له قبل رؤيته لانه تصرف في ملكه وله اي
للمستصنع اخذه وتركه عملا بخيار الرؤية له بخلاف السلم اذ لا فائدة في اثبات الخيار

فيه لانه كلما رده عليه اعطاه غيره لكونه غير متعين اذ المسلم فيه في الذمة فيبقى فيها الى
ان يقبضه كذا في البحر وعن ابي يوسف انه لاخيار في الاستصناع ايضا اصلا اما
للصانع فلانه بلغ ما لم يره فلا خيار له واما للمستصنع فلان الصانع اتلف ماله بقطع
صرمه وخيطه ليصل الى بدله فلو ثبت له الخيار لتضرر الصانع لان غيره لا يشتريه
بمثله الا يرى ان الواعظ اذا استصنع منبرا ولم ياخذه فالعامي لا يشتريه اصلا فان قيل
الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا اجيب بجواز ان يكون الرضاء على ظن ان المستصنع
مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه فان قيل ذلك الجهل منه وهو لا يصلح
عذرا في دار الاسلام اجيب عنه بان خيار المستصنع اختيار بعض المتاخرين من
اصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الاسلام علم اقوال جميع المجتهدين وانما
الجهل ليس بعذر في دار الاسلام في الفرائض التي لابد لاقامة الدين منها لا في خياره
لجها جميع المجتهدين ولا يصح الاستصناع بلا اجل فيما لم يتعارف كالثوب اي كان يطلب
من الحائك ثوبا لينسجه له بالغزل من عنده وكان يطلب من الخياط ثوبا يخيطه
بكرباس من عنده **مسائل شتى** جمع شتيت اي المتفرق لانها تفرقت عن ابوابها
ولم تذكر ثمة فاستدركت بذكرها ههنا يصح بيع الكلب والفهد وسائر السباع من الطيور
وغيرها من كل ذي ناب اعلم ان بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز علمت
اي صارت معلما اولا في رواية الاصل اما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لانه
آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لكونه منتفعا به حقيقة وشرعا فيكون
مالا متقوما مضمونا بالقيمة بالاتلاف وكل ما هو كذلك يكون محلا للبيع واما غير المعلم
فلانه يمكن ان ينتفع به بغير الاصطياد فان كل كلب يحفظ بيت صاحبه وماشيته
ويمنع الاجانب عن الدخول في بيته والاخذ عن مواشيه ويخبر عن الجاني بنباحه
فساوى المعلم في الانتفاع به فيكون مالا متقوما مضمونا بالقيمة ايضا فيكون
محلا للبيع وعن ابي يوسف ان بيع الكلب العقور اي الجارح لا يجوز لانه غير منتفع به
ولانه عم نهى عن امساكه ولو امر بقتله قلنا كان ذلك قبل ورود الرخصة في اقتناء
الكلب للصيد او للماشية او للزرع لانه عم كان يامر بقتل الكلاب في ابتداء ثم رخص
لاقتنائه على ما روي مرفوعا انه عم رخص في ثمن الكلب فلفظ الرخصة يدل على الانتساخ

ولم يفرق

ولم يفرق في ذلك بين الكلاب معلما اولا وعن شمس الائمة انه شرط لجواز بيع الكلب ان
يكون معلما او قابلا للتعليم وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب مطلقا مستدلا بقوله عم
ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب والسحت هو الحرام فلا يجوز بيعه ولانه نجس العين
اجيب بانه روي عن ابن عباس انه عم نهى بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية واعترض
بان هذا لا يثبت المدعى لان المدعى جواز بيع مطلق الكلاب والدليل المذكور اخص منه
لانه انما يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير واجيب عنه بان المقصود منه ابطال
شمول العدم الذي هو مدعى الخصم واما اثبات المدعى فحديث عبد الله بن عمرو بن العاص
انه قضى رسول الله عم في كلب باربعين درهما من غير تخصيص بنوع واعترض عليه ايضا
بانه معارض برواية الطحاوي في شرح الاثار عن عبد الله بن عمرو انه قضى في كلب
صيد قتله رجل باربعين درهما لان هذا مخصوص بنوع كما ترى ولهذا قال بعض
مشايخنا جواز بيع الكلب المعلم ثابت بالحديث المذكور وغير المعلم ملحق به دلالة للاشتراك
في العلة والحاصل ان مناط الحكم هو الانتفاع به فاينما يتحقق المناط يتحقق فيه الحكم
ايضا منصوصا اولا ولهذا قلنا جاز بيع الفهد والنمر والذئب والفيل والاسد
والقردة والهرة لامكان الانتفاع بها بالركوب كما في الفيل والصيد كما في غيرها
بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزنابير لانه لا يمكن الانتفاع بها وكذا
الفارة والنمل والوزغ والضب والخفافش والضفادع والسرطان وقيل ولا يجوز
بيع القرد والصحيح الجواز على ما في الزيلعي وعن ابي الليث انه يجوز بيع الحيات اذا كان
ينتفع بها في الادوية والا لا يجوز ورده في البدائع بانه ليس بسديد لان المحرم
شرعا لا يجوز الانتفاع به للتداوي كالخمر فلا يقع الحاجة الى شرع البيع ويجوز
بيع الدهن النجس لانه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين واما العذرة لا ينتفع بها
الا مخلوطة بالتراب فلا يجوز بيعه الا تبعا على ما في البحر ولا يجوز بيع حبة قمح ونطفة
ماء وكف من تراب لانها لا ينتفع بها اذ لا قيمة لها على ما في الزيلعي واما الجواب عن
قول الشافعي انه نجس العين فلا يجوز بيعه كالخنزير فهو على ما في فتح القدير لو سلم
انه نجس العين فهو توجب حرمة اكله لا منع بيعه بل منع البيع بمنع الانتفاع شرعا
ولهذا جوزنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينها لاطلاق الانتفاع بها عندنا

بخلاف العذرة فانها لم يطلق الانتفاع بها فمنع بيعها الا مخلوطا بالتراب وانما منع بيع الخمر
لنص خاص في منع بيعها انتهى والذمي في البيع كالمسلم لما ذكره محمد في الاصل لا يجوز بين
اهل الذمة الربوا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم
بالدرهمين يدا بيد ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل
يدا بيد وكذا كل ما يكال او يوزن اذا كان صنفا واحدا هم في البيوع بمنزلة اهل الاسلام
لقوله عم لمعاذ فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون بالمعاملات
يحتاجون بما يبقى به نفوسهم كالمسلمين ومما يحتاجون اليه البيع وسائر المعاملات
الشرعية الا في الخمر فانها في حقه كالخل والخنزير فانها في حقه كالشاة في حقنا
يعني بيع الخمر والخنزير جائز في حقهم كبيع الخل والشاة في حقنا حتى يجوز لهم السلم
في الخمر لا في الخنزير كما جاز لنا في الخل دون الشاة وفي البدايع انهم لا يمنعون من بيع
الخمر والخنزير اما على قول بعض مشايخنا فلانه يباح الانتفاع به شرعا لهم فكان مالا
في حقهم واما على قول البعض ان حرمتها ثابتة على العموم في حق المسلم والكافر بناء
على انهم مخاطبون بالحرمات وهو الصحيح من مذهب اصحابنا فكانت الحرمة ثابتة في
حقهم لكنهم لا يمنعون عن بيعها لانهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولون بها وقد امرنا بتركهم
وما يدينون انتهى قيدوا هنا بالخمر والخنزير لما صرحوا بانا لا نجيز بيع الميتة والدم
فيما بينهم وفي البحر نقلا عن الاصلاح المستثنى غير مختص بالخمر والخنزير كما فهم من
الهداية بل المنخنقة والتي جرحت في غير موضع الذبح وذبايح المجوسي ايضا مستثناة
وانما خصوا بهما لان هذه الثلاثة داخلة في الخنزير وفي البزازية وبيع المجوسي ذبيحته
او ما ذبح عنده كالخنق من كافر جائز عند الثاني انتهى وقال في البحر ظاهر هذا انه غير
جائز عند ابي ح ومحمد وح فالمستثنى مختص بالخمر والخنزير وفي البزازية ايضا بيع
متروك التسمية عمدا من كافر لا يجوز وفي ايضاح الكرماني ولو باع ذمي من ذمي خمرا
او خنزيرا ثم اسلما او اسلم احدهما قبل القبض انتقض البيع لتعذر القبض بالاسلام
فصار كما لو ابق المبيع فان صار خلا قبل القبض خير المشتري ان شاء نقض وان شاء
اخذ في قولهما وعند محمد العقد باطل وكذا المسلم اذا اشترى عصيرا فتخمر ولو قبض الخمر
ثم اسلما او احدهما جاز البيع قبض اولا ولو اشترى الذمي عبدا مسلما جاز واجبر على بيعه

وكذا

وكذا اذا اشترى مصحفا ولو اشترى كافر من كافر عبدا مسلما شراء فاسدا اجبر على رده
ويجبر البايع على بيعه وان اعتقه الذمي جاز وكذا ان دبره جاز ويسعى في قيمته ومن
زوج مشتريته الى رجل قبل قبضها جاز تزويجه لوجود سبب الولاية التزويج وهو الملك
في الرقبة على الكمال ولا مانع غير عن الجواز لان المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض
انما يكون عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض والنكاح ليس كذلك فاذا جاز هذا
النكاح اعني قبل القبض فهل يبطل ببطلان ذلك المبيع قبل القبض ففي البحر لو انتقض البيع
بطل النكاح في قول ابي يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول ابي يوسف
لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كان لم يكن فكان النكاح باطلا
وقيد القاضي الامام بطلان النكاح ببطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن بالموت
حتى لو ماتت الجارية قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع انتهى قلت بطلان النكاح
بانتقاض البيع قبل القبض انما يستقيم بناء على ان مجرد التزويج بدون الوطي ليس
بقبض وهو الاستحسان واما على القياس وهو ان مجرد التزويج بدون الوطي قبض
وهو رواية عن ابي يوسف على ما في العناية فلا يستقيم وفي البحر انما قيد بالنكاح لان
العتق والتدبير قبل القبض حسا قبض حكما وان وطئت اي وطئها زوجها كان ذلك
الوطي قبضا لان الوطي لما كان بتسليط من جهة المشتري كان فعله كفعله والا اي
وان لم يطاها فلا يكون مجرد التزويج قبضا استحسانا والقياس انه قبض ايضا وهو
رواية عن ابي يوسف حتى ان هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري لان التزويج عيب
حكمي حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له ان يردها على ما تقدم والمشتري اذا عيب
المعقود عليه صار قابضا فصار كالاعتاق والتدبير وقطع اليد وجه الاستحسان
ان في التعييب الحقيقي استيلاء على المحل باتصال فعله اليه وبه يصير قابضا وليس ذلك
في الحكمي فلا يصير قابضا والاعتاق والتدبير اتلاف للمالية وانهاء للملك ولهذا يثبت له الولاء
من ضروراته ان يصير قابضا ومن اشترى شيئا فغاب المشتري قبل القبض ونقد الثمن
غيبة معروفة لا يباع ذلك الشيء اي اذا طلب البايع من القاضي بيع ذلك الشيء بثمنه لا يباع
في دين بايعه لانه يمكن له الوصول الى حقه بدون بيع ذلك الشيء لتعرف مكان الغائب
وفي البيع ابطال حق المشتري فلا يباع وان لم يكن معروفة يباع ذلك الشيء فيه اي في دين

بايعه اذا برهن البايع انه باعه منه وغاب قبل نقد الثمن وهذا لان ملك المشتري ظهر باقرار
البايع فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه فيعتبر كذلك وذلك لان العبد في يده
والقول قول الانسان فيما في يده فلو ادعى الملك كان مسموعا ولو اقر به لغيره كاملا وصح
بحكم اليد فكذا اذا اقر به ناقصا مشغولا بحقه ويثبت له الملك ناقصا على وجه يقتضي الاستيفاء
وقد تعذر فيبيعه القاضي فيه ويستوفي من ثمنه ويحفظ ما زاد كالراهن اذا مات
فان المرتهن احق بالمرهون يباع في دينه اذا تعذر الاستيفاء وكالمشتري اذا مات قبل
قبض المبيع مفلسا فان المبيع يباع بثمنه وهذا اذا لم يكن المشتري الغايب قبضه اي المبيع فانه
بعد القبض لا يقبل بينة البايع لان حقه لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري
فيكون البينة لاثبات الدين على الغايب والاثبات على الغايب متعذر عندنا وههنا بحث
من وجوه الاول ان اقامة البرهان فيما اذا لم يكن قبضه على الغايب ايضا فلا يجوز عنده ايضا
الثاني ان القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه
الثالث اقامة البرهان فيما نحن فيه لا يجوز ايضا لانها تعتمد على انكار الخصم والخصم غايب
ههنا فلا يمكن الاقامة عليه للجهل بانكاره لجيب عن الاول بان اقامة البينة فيما نحن فيه
انما هي لنفي التهمة لا للقضاء وانما القاضي يقضي بموجب اقرار المقر بما في يده فكان هذا قضاء
على الحاضر باقراره بما في يده ومن الثاني بوجهين احدهما قول بعض المشايخ ان القاضي ينصب
من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض ورد هذا
بان المشتري ليس له ان يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلا عنه واجيب بان
ذا لحق البايع وقد يتسامح بتاخيره اي لهذا القبض لما كان لاستيفاء حق البايع
صار كانه لم يزل عن يده والثاني ان المبيع ههنا غير مقصود وانما المقصود استيفاء حق
البايع والبيع يحصل ضمنا وتبعا ولا معتبر بالضمنيات وعن الثالث ان اقامة البينة ههنا
ليس للقضاء بل لنفي التهمة على ما ذكرناه والقاضي انما يقضي باقرار المقر بما في يده وفي ذلك
لا يحتاج الى انكار الخصم اذ لا حكم على الخصم فيه بل الحكم على الحاضر في الحقيقة ثم المراد
بالمبيع ههنا ما هو كان من المنقول كالعبد والثوب وغيرهما لا العقار لان القاضي لا يبيعه على ما
في البحر نقلا عن النهاية والفصولين هذا في بيع الاعيان وهل هو كذلك في بيع المنافع عن
الايجار والاستيجار ففي البحر استاجر ابلا الى مكة ذاهبا وجائيا ودفع الكراء ومات رب الابل

في

في الذهاب حتى انفسخت الاجارة فاذا اتى مكة ورفع الامر الى القاضي فراى ان يبيع الدابة
ويدفع بعض الاجر الى المستاجر جاز له ذلك وللمستاجر ان يركبها الى مكة ولا يضمن
وعليه الكراء الى مكة وكذا لو رهن المديون وغاب غيبة منقطعة فرفع المرتهن الامر الى
القاضي حتى يبيع الرهن بدينه فانه ينبغي ان يجوز ذلك وفيه ايضا انه لو باع دابة وغاب
المشتري قبل القبض ودفع الثمن فللحاكم ان ياذن له في بيعها ويأخذ ثمنه من ثمنه لو كان
من جنسه ولو اذن له ان يوجرها ويعلفها من اجرها جاز فعلم منه اي في مسئلة
الكتاب للقاضي ان ياذن للبايع في البيع كما ان له ان يبيع بنفسه او امينه وان له ان
ياذن في اجرها لو كان لها اجر وظاهر كلامهم ان البايع لا يملك البيع بلا اذن القاضي
فان باع كان فضوليا وان سلم الى المشتري كان متعديا والمشتري منه كان غاصبا
هكذا ذكره ثم قال نقلا عن الفصولين وللقاضي ولاية ابداع مال غائب ومفقود وله
اقراضه وبيع منقوله لو خيف تلفه ولم يعلم مكان الغائب لا لو علم اذ يمكن البعث اليه
اذ لو خيف التلف فيمكن حفظ العين والمالية وتمامه في الفصولين وان غاب احد المشتريين
فللحاضر دفع كل الثمن وقبض المبيع وحبسه اذا حضر الغائب حتى ينقد حصته اي من
الثمن يعني اذا نقد الحاضر كل الى البايع يجبر البايع بقبول نصيب الغائب من الثمن وتسليم
نصيبه من المبيع الى المشتري الحاضر عند ابي ح ومحمد وقال ابو يوسف لا يجبر البايع
على قبول نصيب الغائب من الثمن ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من المبيع والحاضر
لا يقبض الا نصيبه مهاياة لا غير واذا قبض الحاضر المبيع كله لم يرجع على الغائب
اذا حضر بما نقده لاجله وليس له حق الحبس على ذلك وكان متبرعا بما ادى عن
صاحبه لانه قضى دينه بغير امره ولا رجوع ذلك ولهما انه مضطر فيه لعدم الانتفاع
بنصيبه الا باداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة والمضطر يرجع كمعير الرهن اذا افتك
الرهن بعد غيبة الراهن او افلاسه فانه يرجع على الراهن اي المستعير بما ادى وان كان
ذلك قضاء دين الغير بغير امره لاضطراره في القضاء لتخليص ما اعاره للراهن
قيد بقوله ان غاب لانه لو كان حاضرا يكون الدافع متبرعا بالاتفاق وقيد بقوله
احد المشتريين لانه لو غاب احد المستاجرين قبل نقد الاجرة فدفع الحاضر جميعها
يكون متبرعا بالاتفاق لانه غير مضطر في نقد حصة الغائب من الاجر اذ ليس

للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة كذا في العناية قلت هذا لا يستقيم على اطلاقه اذ
للآجر حبس الدار فيما اذا شرط تعجيل الاجرة وفيمن لعمله اثر في العين على ما صرح به في
الفتاوى ففي الخلاصة ثم الاجرة انما تستحق بالتعجيل او باشتراط التعجيل او باستيفاء
المعقود عليه ثم قال فيها نقلا عن الاصل الاسكاف ومن لعمله اثر في العين فانه يحبس
العين لاستيفاء الاجر الا اذا كانت الاجرة مؤجلة وفي النوازل في كسر الحطب وحلق
شعر العبد حق الحبس وللنساج حق الحبس وكذا كل ما احدث العين بعمله شيئا لم يكن حتى ما
لو فعل الغاصب ينقطع حق المالك واما القصار ان كان يقصر بالنشاستج او ببياض البيض
فله الحبس انتهى وان اشترى بالف مثقال ذهب وفضة بان قال اشتريته بالف مثقال
ذهب وفضة فهما نصفان ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لانه اضاف
المثقال اليهما على السواء وليس احدهما اولى من الاخر في الاحتياج الى المضاف فيجب التساوي
ولكن لا بد من التقييد بالجودة والرداءة والوسط على ما قيده محمد في الجامع الصغير
لان الناس لا يتبايعون بالتبر فلا بد من بيان الصفة وانما تركه المص لكونه معلوما
في اول كتاب البيع ان ذلك لا بد منه وفيه اشارة الى ما قال في البحر انه لو قال لفلان علي
كر حنطة وشعير وسمسم فانه يجب من كل جنس ثلث الكر وان قال اشتريت منك
بالف من الذهب والفضة فمن الذهب خمسمائة مثقال ومن الفضة خمسمائة درهم
وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن الدراهم ولم يضف المثقال الى الفضة كما في
الاول كذا ذكره في الهداية واعترض عليه بان لقائل ان يقول النظر الى المتعارف يقتضي
ان ينصرف الى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد انتهى وفي فتح القدير في
الدراهم ينصرف الى الوزن المعهود وزن سبعة ويجب كون هذا اذا كان المتعارف في
بلد النقد في الدراهم وزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الآن كالشام والحجاز
ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم واما في عرف المصر فلفظ الدرهم
ينصرف الى وزن اربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس الا ان يقيد بالفضة
فينصرف الى الدرهم بوزن سبعة ومن له على آخر عشرة دراهم جياد وقبض زيفا بدل
جيد غير عالم به فانفقها او هلكت فهو قضاء لدينه عند ابي ح ومحمد وقال ابو يوسف
يرد مثل الزيف ويقضي الجيد لان حقه في الوصف مرعي من حيث الجودة كما انه مرعي

في الاصل من حيث القدر فلو نقص عن كمية حقه رجع عليه بمقداره فكذا اذا نقص في كيفيته
ولا يمكن رعايته بايجاب نقصان ضمان الوصف منفردا لعدم انفكاكه ولا هدره عند
المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما ان المقبوض من جنس حقه بدليل انه
لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم يجوز فاذا كان من جنس حقه
يحصل به الاستيفاء من حيث الاصل ولا يبقى حقه الا في الجودة وتداركها منفردة
بايجاب ضمانها غير ممكن شرعا لما ذكرناه من انها هدر عند المقابلة بالجنس ولا عقلا
لعدم الانفكاك ولا بايجاب ضمان الاصل لان المضمون هو الاصل والغرض انه من حيث
الاصل مستوف فايجاب الضمان عليه اي على الدائن باعتباره ايجاب عليه له ولا نظير
له في الشرع واعترض عليه بوجهين احدهما ان ايجاب الضمان على الرجل لنفسه
لا يجوز اذا لم يفد وههنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فانه مضمون على
المولى وان كان ملكا له حتى لو اشترى صح والثاني ان المقصود الاصلي هو احياء حق
صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمني فلا يعتبر واجيب عن الاول بان الفائدة ثم
انما هي للغرماء فكانه تضمين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه وعن الثاني ان الوصف
تابع فلا يجوز ان يكون الاصل تابعا له وفي البحر نقلا عن فخر الاسلام ان قولهما قياس
وقول ابي يوسف استحسان وقيد تلفها بالانفاق او بالهلاك لانها لو كانت قائمة
ردها وفي الجوهرة من كتاب الرهن اذا علم قبل ان ينفقها فطالبه بالجياد واخذها
كانت الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف فلو قال انفقها فان لم ترج ردها على
فعل فلم ترج فله ان يردها استحسانا فرق بين هذا وبين ما اذا اشترى عينا ووجد
بها عيبا واراد ردها فقال له البائع بعه فان لم يشتر رده علي فعرضه على البيع
ولم يشتر منه احد ليس له ان يرده ووجه الفرق ان المقبوض من الدراهم ليس عين
حق القابض بل هو من جنس حقه لو تجوز به جاز وصار عين حقه فاذا لم يتجوز
بقي على ملك الدافع فصح امر الدافع بالتصرف فيه فهو في الابتداء تصرف للدافع وفي
الانتهاء لنفسه بخلاف التصرف في المبيع لانه ملكه فتصرفه لنفسه فبطل خياره
انتهى وقيد الخلاف بعدم العلم لانه لو علم بها وانفقها كان قضاء اتفاقا وقيد بالزيف
لانها لو كانت ستوقة او نبهرجة فاتلفها فانه يرد مثلها ويرجع بالجياد اتفاقا

وهما فرقا بان الزبوف من جنس حقه والستوقة والبنهرجة كذا في البحر وان افرخ طير
او باض في ارض رجل او تكنس ظبي فهو لمن اخذه لانه مباح سبقت يده اليه فيملكه
ولانه صيد فيكون لمن اخذه والبيض في معنى الصيد لانه اصله ولهذا يجب الجزاء على
المحرم بكسره او شيه والتكنس التستر ومعناه في الاصل دخل في الكناس وهو موضع
الظبي هذا اذا لم يعد صاحب الارض ارضه للصيد واما اذا اعدها لها بان حفرها ليقع
فيها او بغير ذلك مما يصطاد به فهو له على ما سيصرح به وكذا اي لمن اخذه صيد تعلق
بشبكة منصوبة للجفاف اي لا للصيد او دخل اي الصيد دار الرجل او درهم او سكر
نثر فوقع على ثوب رجل لم يعده لذلك فان اعده اي كلا من الشبكة والدار والثوب
صاحبه لذلك اي للصيد والدرهم والسكر او كفه اي ضمه بعد السقوط في ثوبه او
شبكته او غلق باب الدار بعد الدخول ملكه لانه صار مستعدا له باعداده فينضاف
الحكم اليه وليس للغير اخذه لانه صار ملكا للمستعد له حكما كما لو عسل النحل في ارضه
فان العسل لصاحب الارض لانه من انزالها لقيامه بها على وجه القرار او نبت فيها شجر
او اجتمع تراب بجريان الماء لما ذكرناه من انه من انزال الارض قال ابو القاسم الاصل في
جنس هذه المسائل ان الشجر انما يستحق بالغرس او بملكية البناء له او بالارض ولهذا
قالوا لو كان نهر بين رجلين وعلى صفته اشجار كل واحد منهما يدعيها فان عرف غارسها
فهي له وان لم يعرف غارسها فما كان في موضع مملوك لكل واحد منهما خاصة فهو له وما
كان في موضع مشترك فهو بينهما بالحكم ومن كان له اشجار على صفة نهر ونبت من
عروقها اشجار في الجانب الاخر من النهر ولرجل في هذا الجانب كرم بينه وبين هذا الجانب
طريق فادعى كل واحد منهما هذه الاشجار فان عرف انها نبتت من عروق تلك الاشجار
فهي له وان لم يعرف ذلك ولا عرف غارسها فتلك الاشجار غير مملوكة لا يستحقها
صاحب الكرم ولا صاحب الاشجار وفي فتاوى الفضلي نبتت شجرة او زرع في ارض
انسان من غير ان يغرسه ومن زرعها احد فهو لصاحب الارض لانه متولد من ارضه
وفي فتاوى العتابي لو رفع الاكار الحنطة فتناثرت الحبات في الارض فنبت الزرع
فسقاه الاكار حتى استحصده فهو بينهما على شرطهما وان نبت فسقى رب الارض فكله
له وضمن الاكار نصيبه من الحبات اذا كان لها قيمة وان بقاها اجنبي فلا شيء له والنبع

بين رب الارض والاكار وفي فتاوى ابي الليث شجرة في ارض رجل نبت من عروقها في
ارض اخر فان كان صاحب الارض هو الذي سقاه وابنه فهو له وان كان نبت بنفسه
فهو لصاحب الشجرة ان صدقه رب الارض انه من عروق شجرته وان كذبه فالقول له
نواة لرجل ذهب بها الريح الى كرم غيره فنبت منها شجرة فهي لصاحب الكرم لان النواة
لا قيمة لها وفي البحر نقلا عن فتح القدير لو اتخذ في ارضه حظيرة فدخل الماء والسمك
ملكه ولو اتخذت لحاجة اخرى فمن اخذ السمك فهو له وكذا فيمن حفر الحفيرة ان حفرها
للصيد فهو له او لغرض اخر فهو للاخذ وكذا صوف وضع على سطح بيت فابتل من
المطر فعصره رجل فان كان وضعه للماء فهو لصاحبه والا فللاخذ ما لا يصح تعليقه
بالشرط ويبطله الشرط الفاسد البيع قد تقدم ما يتعلق هذه المسئلة في باب البيع الفاسد
ولكن نذكره هنا ايضا تتميما للفائدة واعلم ان الشرط على وجوه منها ما يقتضيه العقد
من غير اشتراط نحو اشتراط تسليم المبيع او تسليم الثمن وهذا الشرط لا يوجب فساد
العقد ولا يمنع تعليقه ولذا قيد المص بالشرط الفاسد ومنها ما لا يقتضيه العقد
ولكن يلائم العقد ويؤكد موجبه كاشتراط ان يعطي المشتري كفيلا بالثمن والكفيل
معلوم حاضر فقبل او غائب فحضر قبل ان يتفرقا وكفل جاز البيع استحسانا وكاشتراط
الرهن والرهن معلوم بالاشارة او بالتسمية وهذا الشرط ايضا لا يوجب فساد
العقد ومنها ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ايضا ولكن الشرع ورد بجوازه كاشتراط
التاجيل والخيار وهذا الشرط لا يفسد العقد ايضا ومنها ما لا يقتضيه العقد
ولا يلائمه ولم يرد به الشرع وليس بمتعارف ولكن فيه منفعة للمعقود عليه فان لم يكن
المعقود عليه من اهل ان يستحق حقا على الغير لا يفسد العقد ايضا كاشتراط ان
لا يبيع ولا يهب في بيع البهائم وان كان المعقود عليه من اهل ان يستحق حقا على الغير
يفسد العقد كاشتراط ان لا يبيع او ان يعتق في بيع العبد وكاشتراط ان يتخذ
ام ولد او يدبر في شراء الامة لكن بعد العتق ينقلب البيع جائزا عند الامام حتى يجب الثمن
على المشتري لا عندهما حتى يجب القيمة عليه عندهما وان كان في ذلك الشرط منفعة
لاحد العاقدين يفسد البيع كاشتراط ان يقرض احد العاقدين للاخر ولو شرطا شرطا
فيه ضرر نحو ان شرطا ان يقرض البائع اجنبيا الف درهم قالوا لا يفسد وقال القدوري

انه يفسد ولو شرطا شرطا ليس فيه منفعة ولا مضرة نحو ان اشترى طعاما بشرط ان يأكله
او ثوبا بشرط ان يلبسه عن ابي يوسف انه لا يفسد كذا في الخلاصة والبزازية وتمامه
فيها وفيها ايضا نقلا عن شرح الطحاوي تعليق الاطلاقات بالخطر كالتوكيل واذن
العبد والطلاق يجوز لا تعليق التمليك كالبيع والهبة والصدقة والابراء عن الدين
وعزل الوكيل لكن تعليق الابراء عن الدين بامر كائن يجوز كقوله قضيت دينك لفلان
فقال الدائن ان كنت قضيت فقد ابرأتك ثم ذكر ان العقود التي تتعلق تمامها بالقبول اقسام
ثلاثة قسم يبطله الشرط الفاسد وجهالة البدل وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة
والقسمة والصلح عن دعوى المال وقسم لا يبطله الشرط الفاسد ولا جهالة البدل
وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وقسم له شبه
بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطلها جهالة البدل ولا يبطلها الشرط الفاسد واذا جمع
بين شيئين وفصل العقد في احدهما ففي القسم الاول لا يجوز سمى لكل واحد منهما بدلا
او لم يسم وفي القسم الثاني يجوز على كل حال وفي القسم الثالث ان سمى لكل واحد منهما
بدلا جاز والا فلا انتهى ثم اعلم ان التفصيل المذكور في عدم صحة تعليقه بالشرط
ليس على اطلاقه بل فيما اذا باع بكلمة على واما اذا باع بكلمة ان فالبيع باطل مطلقا على ما
صرح في الخلاصة والبزازية حيث قالا اذا باع بكلمة على فعلى ما ذكرنا اما اذا قال بعت
ان كان كذا فالبيع باطل سواء كان الشرط نافعا او ضارا الا في صورة واحدة وهي
ما اذا قال بعت ان رضي به فلان قال الحاكم الشهيد اذا وقت بثلاثة ايام يعني الخيار
انتهى وقال في الاشباه وتعليق البيع بالشرط بكلمة ان باطل الا اذا قال بعت ان رضي
ابي ووقته لخيار الشرط وبكلمة على صحيح ان كان مما يقتضيه العقد او ملائما له او جرى
العرف به او ورد الشرع او كان لا منفعة فيه لاحدهما انتهى فاطلاق المتن محمول على
التعليق بكلمة ان ثم الحاكم الشهيد يريد ان الصورة المذكورة من قبيل اشتراط الخيار
للاجنبي وذلك جائز على ما تقدم في باب الخيار فكذا هذه الصورة وفي الفصولين
لو قال بعته بكذا ان رضي فلان جاز البيع والشرط جميعا انتهى لا بد ان يقيد هذا
بما قيده الحاكم الشهيد من التقييد بثلاثة ايام يعني الخيار والاقالة والاجازة اي الاجازة
بالبيع بان باع فضولي عبده فقال اجزته بشرط ان تقرضني او تهديني وكذا كل عقد لا يصح

تعليقه

تعليقه بالشرط اذا انعقد موقوفا لا يصح تعليق اجازته بالشرط حتى النكاح والقسمة والاجارة
وغيرها من الاحكام المذكورة على ما صرح به في البحر ويدل عليه ما في الخلاصة حيث قال
تعليق الاجازة بالشرط باطل بان قال ان زادني في الثمن فقد اجزت البيع وفي الفصول
سئل الامام فخر الدين عمن زوج ابنته البالغة بغير رضاها ثم بلغها الخبر فقالت اجزت
ان رضيت امي قال الاجازة باطلة لان التعليق يبطل الاجازة اعتبارا بابتداء العقد
انتهى كلام الخلاصة والقسمة لان فيها مبادلة مال بمال فلا يجوز تعليقها بالشرط
لانها في معنى البيع لتلك المبادلة وقد نهينا عن بيع وشرط صورتها ان تقتسموا دارا
مشتركة وشرطوا رضاء فلان بان قال اقتسمناها ان رضي فلان فسدت القسمة
كذا في البحر نقلا عن العيني واعترض عليه بما تقدم من ان البيع يصح تعليقه برضا فلان
ويكون بشرط خيار ان وقته بثلاثة ايام والقسمة في معنى البيع لكن لا يجوز تعليقها
بهذا الشرط وقد يجاب عنه بان هذا مبني على جريان خيار الشرط في القسمة وعدم
ففي الولوالجية وانما خيار الرؤية والشرط فيثبت في قسمة لا يجبر الآبي عليها وهو القسمة
في الاجناس المختلفة واما في كل قسمة يجبر الآبي عليها كالقسمة في ذوات الامثال
في الجنس الواحد فانه لا يثبت فيها انتهى فالصورة المذكورة انما تستقيم في قسمة
لا يثبت فيها خيار الشرط ومن صورها ايضا ما اذا اقتسموا التركة على ان يكون الدين
لاحدهما والعين والعروض للاخر بشرط ان توى عليه شيء من الديون يرد عليه
نصفه فالقسمة فاسدة ومن صورها ايضا ما اذا اقتسموا دارا على ان يشتري
احدهما من الاخر داره الخاصة بالف درهم فهي فاسدة وكذا كل قسمة على شرط هبة
او صدقة قلت لا بد ان يقيد بشرط غير معروف والا فتعليق القسمة بشرط متعارف
جائز كما اذا اقتسما دارا على ان يكون لاحدهما حق وضع الجذوع على حائط وقع في
نصيب صاحبه جاز للتعامل كذا في القنية والاجارة لان فيها تمليك المنفعة في
مقابلة الاجرة فيفسدها التعليق ومن صورها اجر داره على ان تقرضه المستاجر
او يهدي اليه او ان قدم زيد ومن صورها ايضا استاجر حانوتا الحرق كل شهر
بكذا على ان يعمره ولا يحتسب ما ينفقه من الاجرة لان شرط العمارة على المستاجر
يفسد العقد وهل يجوز تعليقها بزمان مستقبل مثل مجيء الغد ورأس الشهر الآتي قال

في اجارات قاضيخان لا يجوز عند عامة العلماء وقال في باب الاجارة المضافة من القنية
ولو قال اذا جاء غد فقد اجرتك هذه الدار فباطل لانه تعليق بخطر وقال ابو بكر يجوز
ولا يعد هذا خطرا في الاجارة وبه يفتى وعن ابن سماعة عن ابي يوسف قال اجرتك
داري بكذا اذا اهل شهر كذا جاز ولا يجوز هذا في البيع انتهى فعلم منه ان تعليق الاجارة
بمجيء الزمان المستقبل مثل بمجيء الغد او براس الشهر جائز على المفتى به لانه وقت مجيء
لا محالة واما تعليقه بشرط اخر فلا يجوز بالاتفاق واما الكلام في اضافتها الى الزمان
المستقبل فسيأتي في اخر كتاب الاجارة وهل يجوز تعليق فسخ الاجارة بزمان مستقبل
قيل يجوز وقيل لا وعليه الفتوى كما في قاضيخان ولم يذكره المص والرجعة هكذا
جعلها في الكنز من قبيل ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطله الشرط الفاسد وقال العيني
في شرح الكنز صورتها قال للمطلقة الرجعية راجعتك على ان تقرضني كذا او ان قدم زيد
لانها استدامة الملك فيكون معتبرة بابتدائه فكما لا يجوز تعليقه بالشرط ابتداء
لا يجوز انتهاء ايضا واعترض عليه في البحر بان هذا سهو ظاهر وخطاء صريح لان
النكاح وهو ابتداء الرجعة لا يبطل بالشرط الفاسد وان كان لا يصح تعليقه فكيف
تبطل الرجعة بالشرط الفاسد فالصواب ان يذكر الرجعة فيما لا يبطل بالشرط الفاسد
ولا يصح تعليقه به كالنكاح حتى يصح اعتبارها بالنكاح قال والمص لم ينفرد بذكرها في
هذا القسم اي ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه به بل ذكره كذلك في الخلاصة
والبزازية والعمادي والفصولين ولم ار احدا نبه على هذا وقد توقفت في تخطئة
هؤلاء الفضلاء ثم جزمت بتخطئتهم وكان يجب ان تذكر الرجعة مع النكاح في القسم
الثاني انتهى قلت قال في الفصل الخامس من بيوع الخلاصة وفي طلاق الاصل تعليق
الرجعة بالشرط باطل وكذا اضافتها الى وقت في المستقبل كالنكاح نحو ما اذا قال
اذا جاء غد فقد راجعتك وانما يحتمل التعليق بالشرط ما يجوز ان يحلف به ولا يحلف
بالرجعة انتهى فهذا يؤيد الاعتراض المذكور حيث جعل الباطل تعليق الرجعة بالشرط
لا نفس الرجعة وبعد هذا ذكر الرجعة فيما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقها
بالشرط ففي كلام الخلاصة نظر من وجهين احدهما المنافاة بين كلاميها وثانيها
جعلها من القسم الاول لا من القسم الثاني والصلح عن مال بمال وهذا لانه في معنى البيع

لما فيه من مبادلة مال بمال فيبطل بالتعليق بالشرط مثل البيع واطلاقه يشعر بعدم صحة
تعليق مطلق الصلح عن مال بمال على ما هو الظ من اطلاق الخلاصة والبزازية ايضا
لكنه قال في البحر اعلم ان الصلح انما يكون بيعا معنى اذا كان البدل لخلاف جنس المدعى به
واما اذا كان على جنسه فان كان باقل من المدعى فهو حط وابراء وان كان بمثله
فهو قبض واستيفاء وان كان باكثر منه فهو فضل وربوا فينبغي ان يخصص الصلح
ههنا بما يكون على خلاف الجنس والابراء عن الدين بان قال ابرأتك عن ديني ان قدم
فلان وهذا لانه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط
فيعتبر بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط ويبطل به كسائر التمليكات قيد
بالدين لان الابراء عن الكفالة يصح تعليقه بشرط ملايم كقوله ان وافيت به غدا
فانت بريء فوفاه به بريء من المال وقيل لا يصح والاول هو المختار على ما صرح به المص في
الكفالة حيث قال فيها لا يصح تعليق البراءة عن الكفالة بالشرط كسائر البراءات
والمختار الصحة واعلم ان للمص اطلق الكلام ولا بد من التقييد بشرط غير متعارف
لان تعليق الابراء عن الدين بشرط متعارف بكلمة على جائز على ما صرح به في البحر
واستدل عليه بمسئلة نقلها عن القنية وبمسائل نقلها عن كتاب الهبة من
قاضيخان وذكرها في اخر كتاب الهبة لكنه جعل في البحر قوله ابرأتك عن ديني على
ان تخدمني شهرا من قبيل عدم صحة التعليق بالشرط مثل قوله ابرأتك عن ديني ان قدم
فلان قلت فيه نظر بل الظ انه تعليق الابراء بشرط ملايم بكلمة على فيكون جائزا
وعزل الوكيل بان قال لوكيله عزلتك على ان تهدي الي شيئا او ان قدم فلان لانه
ليس مما يحلف به فلا يجوز تعليقه بالشرط كذا ذكره في البحر نقلا عن العيني ثم قال
وتعليله يقتضي عدم صحة تعليقه واما كونه يبطل بالشرط الفاسد فلا دليل
عليه من هذا وعندي ان هذا خطاء ايضا لان عزل الوكيل ليس من هذا القبيل وانما
هو من قبيل القسم الثاني وهو ما لا يصح تعليقه بالشرط ولا يبطل بالشرط الفاسد
كما تقدم في الرجعة وقد ذكر في الفصولين عزل الوكيل من قسم ما لا يصح تعليقه
بالشرط ويبطل بالشرط الفاسد في رواية والدليل عليه انهم قالوا ان الذي يبطل
بالشرط الفاسد ما كان من باب التمليك والعزل ليس منه وهذا هو الحق فيجب الحاقه

بالقسم الثاني انتهى كلام البحر قال في الخلاصة والبزازية عزل الوكيل لا يحتمل التعليق بالشرط
على رواية الامام السرخسي وفي رواية الصغرى تعليق عزل الوكيل بالشرط صحيح انتهى
المص وغيره عزل الوكيل من القسم الاول فيما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطل بالشرط
الفاسد لا يصح على كلا الروايتين اما على رواية الصغرى فظ لانه في هذه الرواية مما
يصح تعليقه بالشرط كما نرى واما على رواية الامام السرخسي فلانه جعله مما لا يصح
تعليقه بالشرط وسكت عليه ولم يصرح انه يبطل بالشرط الفاسد ولا يلزم من
عدم تعليقه بالشرط بطلانه بالشرط الفاسد فيكون على رواية الامام السرخسي
من قبيل ما لا يصح تعليقه ولا يبطل بالشرط الفاسد على ما ذكره في البحر ثم انما قيد
بالوكيل لان في صحة تعليق عزل القاضي اختلافا ففي الفصولين اذا اتاك كتابي هذا
فانت معزول ينعزل بوصوله وقيل لا انتهى ثم جعله من قسم ما لا يصح تعليقه بالشرط
ولا يبطل بالشرط الفاسد وهو مختار المص ايضا وفي الخلاصة وعزل القاضي
والنكاح لا يصح تعليقه ولا اضافته لكن لا يبطل بالشرط بل ويبطل الشرط وكذا
الحجر على المأذون لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط انتهى والاعتكاف بان قال لله
علي ان اعتكف ان شفى الله مرضى او ان قدم زيد وهذا لانه ليس مما يحلف به كعزل
الوكيل فلا يصح تعليقه بالشرط كذا ذكره في العيني فعلم منه ان المراد بالاعتكاف
هنا النذر به وايجابه على نفسه ليكون قولا يمكن تعليقه بالشرط على ما صرح به
في البحر ويدل عليه ما في الخلاصة قال فيها نقلا عن صوم الاصل تعليق ايجاب
الاعتكاف بالشرط لا يصح ويلزمه انتهى فدل كلام الخلاصة على امرين احدهما
ان المراد بالاعتكاف هنا ايجابه على نفسه والثاني ما لا يصح تعليقه بالشرط ولا يبطل
الفاسد بل الشرط يبطل ويلزمه الاعتكاف كما جعله المص وغيره وقال في باب
الاعتكاف من القنية بعلامة الامام المجندي قال لله علي اعتكاف شهر ان دخلت
الدار ثم دخل فعليه اعتكاف شهر عند علمائنا انتهى فعلم منه ان الاعتكاف مما يصح
تعليقه بالشرط ولا يبطل بالشرط بل يلزم عند وجود الشرط ولا يكون
في شيء من القسمين اعني ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطل بالشرط الفاسد وما
لا يصح تعليقه به ولا يبطل به ايضا بل يكون من قبيل ما يصح تعليقه بالشرط

ويدل

ويدل عليه ايضا ما ذكره في فتح القدير ان الاعتكاف الواجب هو المنذور تنجيزا او تعليقا
فانه صريح في صحة تعليقه بالشرط وقال العيني في شرح الهداية من باب الاعتكاف
الاعتكاف الواجب ان يقول لله علي ان اعتكف يوما او شهرا او يعلقه بشرط فيقول
ان شفى الله مريضي فهذا ايضا صريح في انه يصح تعليقه بالشرط فعلم ان بين كلامي
العيني منافات فصار حاصل الاختلاف في الاعتكاف هنا الى ثلاثة اقوال فعلى ما
ذكره صاحب الخلاصة ثانيا والمص والكنز والشروح هنا انه من قبيل ما لا يصح تعليقه
بالشرط ويبطل بالشرط الفاسد وعلى ما ذكره الخلاصة نقلا عن الاصل انه من
قبيل ما لا يصح تعليقه بالشرط ولا يبطل بالشرط الفاسد بل يلزم ويبطل الشرط
وعلى ما ذكره القنية وفتح القدير والعيني في شرح الهداية انه من قبيل ما يصح تعليقه
بالشرط ولا يبطل به وهو الصواب لانهم اجمعوا على صحة تعليق المنذور من العبادات
مطلقا اي عبادة كانت حتى نذر الوقف وهذا ليس اول قارورة كسرت في الاسلام
ولقد بالغ في البحر وتخطئتهم في هذه المسئلة فارجع اليه والمزارعة بان قال
زارعتك ارضي على ان تقرضني كذا او ان قدم فلان وهذا لانها اجارة فلا يصح تعليقها
بالشرط كالاجارة كذا في العيني وذكر في مزارعة الخلاصة فروعا كثيرة تبنى كلها
على افساد التعليق بالشرط ثم قال هذا كله اذا كان الشرط نافعا لاحدهما اما اذا كان
شرطا ليس بنافع لاحدهما كما لو شرطا ان لا يبيع احدهما حصته لا تفسد المزارعة
ثم فيما اذا كان الشرط مفسدا لو ابطلا الشرط ان كان في صلب العقد لا ينقلب
جائزا والا ينقلب جائزا انتهى ومنه علم ان ما ذكره في كتاب البيع نقلا عن مزارعة
الاصل المزارعة تبطل بالشروط الفاسدة ليس على اطلاقه بل مقيدة بالشروط
النافعة لاحدهما والمعاملة والمراد بها المساقاة على ما في البحر بان قال سقيت
شجري او كرمي على ان تقرضني كذا او ان قدم زيد وهذا لانها اجارة ايضا على ما في
العيني والاقرار قال في الخلاصة تعليق الاقرار بالشرط باطل بان قال لفلان علي
الف درهم ان امطرت السماء او ان هبت الريح ولو قال له علي الف درهم ان مت لزمه
الالف عاش او مات انتهى وفي العيني قال لفلان علي الف درهم ان اقرضني كذا او
ان قدم زيد لا يصح لانه ليس مما يحلف به فلا يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما اذا علق

بموته او بمجيء الوقت فانه يجوز فيلزمه للحال وذكر في الزيلعي في باب الاستثناء من
كتاب الاقرار ان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط حتى اذا قال لفلان علي الف درهم ان شاء الله
او ان شاء فلان كان الاقرار باطلا وان شاء فلان لانه علقه بشرط في وجوده
خطر والاقرار لا يحتمله لان التعليق يمين والاقرار لا يحلف به لانه خبر متردد بين
الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا
لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق به اصلا وانما التعليق فيما هو ايجاب ليتبين انه
ليس بواقع ما لم يوجد الشرط وكذلك كل ما علق بالشرط نحو قوله ان دخلت الدار
او امطرت السماء او هبت الريح او ان قضى الله تعالى او اراده او رضيه او قدره او يسره
او ان سرت بذلك فهذا كله وما يشاكله يبطل الاقرار اذا كان موصولا للمعنى الذي
تقدم بخلاف ما لو قال اشهدوا ان له علي الف درهم ان مت فانه يلزم عليه مات
او عاش فان هذا ليس بتعليق بشرط في وجوده خطر لان موته كائن لا محالة وانما
مراده الاشهاد على المال المقر به لئلا يبقى ذمته مشغولة بدين بعد موته اذا جحدت
الورثة فيكون راجعا الى تاكيد الاقرار فيلزمه المال مات او عاش وكذا اذا قال
علي الف درهم اذا جاء راس الشهر او افطر الناس او اضحى لان هذا ليس بتعليق ايضا
لما ذكر هكذا ذكره في النهاية وذكر في المحيط في باب تعليق الاقرار بالشرط هذه
المسئلة فقال اصله ان تعليق الاقرار بالشرط باطل والمال لازم لان الاقرار اخبار
عن كائن سابق والكائن لا يعلق بالشرط وانما يعلق بالشرط غير الكائن ليصير
كائنا عند وجود الشرط ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا
لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا فائدة
في وجود الشرط قلنا تعليق الاقرار بالشرط اذا كان الشرط مبينا لحلول الاجل
والموت ومجيء الغد فيصح تعليقه بذلك الشرط لانه لا يراد به الاخبار عن محل الاجل
هكذا ذكره في مسائل المبسوط وذكر في النهاية في اوائل هذه المسئلة معزيا
الى المبسوط فقال لو قال غصبت منك هذا العبد امس ان شاء الله تعالى لم يلزمه شيء
استحسانا والقياس ان استثناءه باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط
وذلك انما يصح في الانشاءات دون الاخبارات ولكنه استحسن فقال الاستثناء

مخرج للكلام من ان يكون عزيمة لا ان يكون في معنى الشرط وهذا يشير الى ما قال في المحيط نقلا
انتهى كلام الزيلعي وقال في البحر وقد حكى الشارح الزيلعي الاختلاف فيما اذا علق الاقرار
بشرط في كتاب الاقرار فنقل عن النهاية كما ذكره هنا من ان الاقرار المعلق بشرط باطل
ونقل عن المحيط ان الاقرار صحيح والشرط باطل ونقل عن المبسوط ما يشهد للمحيط فقط
ترجيح ما في المحيط والحق تضعيفه لتصريحهم هنا بان الاقرار لا يصح تعليقه بالشرط
وانه يبطل بالشرط الفاسد انتهى اقول في كل من كلام الزيلعي والبحر بحث اما في كلام
الزيلعي فلانه زعم ان بين كلامي النهاية والمحيط مخالفة ثم ايد كلام المحيط بمسئلة
المبسوط حيث قال وهذا يشير الى ما قال في المحيط والحال انه لا مخالفة بين كلاميهما
لان حاصل كلام النهاية ان الاقرار المعلق بالشرط على قسمين احدهما وهو المعلق
بشرط غير مبين مثل ان شاء الله وان شاء فلان وان قدم زيد ونحوها مما في وجوده
خطر وفي هذا القسم لا يبطل الاقرار المعلق والثاني هو المعلق بشرط مبين اي كائن
لا محالة وفي هذا القسم لا يبطل الاقرار المعلق بل يلغو الشرط كما في نحو قوله علي الف
ان مت وصاحب المحيط لم يذكر ما يخالف هذا بل حكم ان الشرط في القسم الثاني
لغو والمال لازم حيث قال فلا فائدة في وجود الشرط فلغا تعليق الاقرار بالشرط
اذا كان الشرط مبينا لحلول الاجل والموت بعد ان ذكر اولا ان تعليق الاقرار بالشرط
باطل والمال لازم واما في كلام البحر فلانه لم يتفطن سهو الزيلعي ورضي ما زعمه الزيلعي
من المخالفة بين كلام النهاية والمحيط وظن انهما وافقه ثم ضعف ما في المحيط وقد
عرفت ان لا مخالفة بينهما والوقف بان قال وقفت داري ان قدم فلان او ان اخبرني
بقدوم فلان او ان رضي فلان ونحو ذلك وهذا لانه لا يحلف به فلا يصح تعليقه
بالشرط وفي فتح القدير ان قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء
ولده لا تصير وقفا والوجه ما ذكرناه عليهما في العيني والاسعاف وفي الخلاصة
رجل ذهب له شيء فقال ان وجدته فلله علي ان اقف ارضي على ابن السبيل فوجده
هل يجوز ان يقفه على ولده في حيوته وصحته او على اقربائه الذين لا يرثون
منه قال هذا نذر منه فاذا لزمه جاز ان يقفه على ما اراد ولا يجوز على من لا يجوز
له ان يعطيه زكوة ماله فان وقف على ولده جاز في الحكم ونذره باق ولو قال

ان مت من مرضي هذا فقد وقفت ارضي ثم انه برئ من مرضه فاراد ان يرجع عن ذلك
ويبيعها فله ذلك لو مات من مرضه لا يصير موقوفا وتعليق الوقف بالشرط لا يصح
انتهى كلام الخلاصة وفي العمادي تعليق الوقف بالشرط لا يصح في رواية وهذا يدل
على ان فيه اختلافا لكن اطلاق المتون والشروح هنا تشعر بالاتفاق وفي مختصر
القدوري اذا علق الوقف بموته صح بان قال اذا مت فقد وقفت داري على كذا اذا
وقف على انه بالخيار ثلاثة ايام عن ابي يوسف ان الوقف صحيح والشرط باطل وقال
هلال كلاهما باطل كذا في الخلاصة وكذا التحكيم عند ابي يوسف خلافا لمحمد بان يقول
المحكمان اذا اهل شهر فاحكم بيننا وفي الخلاصة تعليق التحكيم من اثنين لانسان بالخطر
او مضاف الى وقت في المستقبل صحيح عند محمد وعند ابي يوسف لا يصح وعليه
الفتوى انتهى ووجه ابي يوسف ان التحكيم تولية صورة وصلح معنى فباعتبار انه صلح
لا يصح تعليقه ولا اضافته الى وقت مستقبل وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك
والاحتمال كذا في البحر فصار المعدود من هذا القسم اربعة عشر وفي البزازية و
ابطال الاجل يبطل بالشرط الفاسد بان قال كلما حل نجم ولم تؤد فالمال حال صح فصار
حالا انتهى وفيه بحث لانه بيان لا يوافق المبين لان المبين يقتضي بقاء الاجل لان
بطلان الاجل يقتضي البقاء كما ان نفي النفي يفيد الاثبات وبيانه يقتضي خلاف ذلك
هذا وكلام الخلاصة في هذه المسئلة اولى من كلام البزازية حيث قال فيها وابطال
الاجل يبطل بالشرط الفاسد ولو قال كلما دخل نجم ولم تؤد فالمال حال صح والمال
يصير حالا انتهى انظر انه لم يجعل قوله لو قال كلما دخل نجم بيانا لما قبله كما جعله في
البزازية كذلك بالباء البيانية بل جعله في الخلاصة مسئلة مستقلة فكان
المذكور في الخلاصة مسئلتين على ما صرح به في البحر لا مسئلة واحدة وبهذه
المسئلة صارت مسائل القسم الاول خمسة عشر واختلف في تعليق ابطال
الشفعة بالشرط قيل يصح وقيل لا يصح وصحح قاضيخان في فتاواه الاول واختاره
في الاشباه وعلله في القنية بانه محض اسقاط بخلاف ما لو قال المشتري للشفيع
ان سلمت الي الثمن غدا فلك الشفعة فانه لا يصح كذا في القنية وما لا يبطله الشرط
الفاسد ستة وعشرون على ما ذكره المص القرض بان قال اقرضتك هذه المائة

ان تخدمني شهرا او ان قدم فلان ونحوه فانه لا يبطل بهذا الشرط لان الشروط الفاسدة
من باب الربوا وانه يختص بالمبادلة المالية وفي الخلاصة القرض بالشرط حرام والشرط
ليس بلازم بان يقرض على ان يكتب على بلد كذا حتى توفي دينه انتهى والهبة بان قال
وهبت لك هذه الجارية بشرط ان يكون حملها لي كذا في البحر وقال في الخلاصة تعليق
الهبة بالشرط باطل ان ذكر بكلمة ان وان ذكر بكلمة على ان كان ملايما بان قال وهبتك
هذا على ان تعوضني كذا صحت الهبة والشرط وان كان الشرط مخالفا صحت الهبة وبطل
الشرط انتهى فعلم منه ان المراد بالشرط الفاسد ما يكون بكلمة على ولا يكون ملايما
لان ما يكون بكلمة ان يفسدها وما يكون ملايما لا يكون فاسدا اطلق الهبة فتشمل
هبة العين وهبة الدين ولا يخفى عليك ان هذا التفصيل جار في البيع ايضا على ما تقدم
والصدقة بان قال تصدقت ان قدم فلان فالتصدق واقع والشرط لغو لانها
تبرع فلا يفسدها الشرط الفاسد لما تقدم انه من باب الربوا وانه يختص بالمبادلة
المالية والنكاح بان قال تزوجتك على ان لا يكون لك مهر فصح النكاح ويلغو الشرط
ويجب مهر المثل وكذا لو قال تزوجتك على اني بالخيار يجوز النكاح ويلغو الشرط
فلا يثبت الخيار قال في الخلاصة والبزازية والنكاح لا يصح تعليقه ولا اضافته
لكنه لو علق بالشرط لا يبطل بالشرط بل يبطل الشرط هذا في التعليق بعلى واما
في التعليق بكلمة ان فالنكاح باطل ايضا لما في البحر نقلا عن الخانية قال تزوجتك
ان اجاز ابي او رضي فقالت قبلت لا يصح لانه تعليق والنكاح لا يحتمل التعليق انتهى وفي
البحر نقلا عن الخانية ايضا رجل تزوج امراة على انه مدني فاذا هو قروي يجوز النكاح
ان كان كفوا ولا خيار لها رجل طلب من امراة نكاحا بحضرة من الشهود فقالت
المراة لي زوج فقال الرجل ليس لك زوج فقالت المراة ان لم يكن لي زوج فقد زوجت
نفسي منك وقبل الزوج ولم يكن لها زوج قالوا يجوز هذا النكاح لان التعليق بشرط
كائن تنجيز انتهى وفي تعليق النكاح على الشرط زيادة تفصيل في فصل النكاح
من نكاح قاضيخان ذكرناه في اخر فصل المحرمات من كتاب النكاح فارجع اليه و
الطلاق بان قال طلقتك على ان لا تتزوجي غيري فالطلاق واقع والشرط باطل
وفي الخلاصة نقلا عن النوازل الطلاق على مال وبغير مال سواء وهذا لانه من

الاسقاطات فلا يبطله الشرط الفاسد والخلع بان قال خالعتك على انه يكون لي خيار كذا
مدة بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال وهذا لانه طلاق فيكون اسقاطا والبضع
ليس متقوما عند الخروج فلا يتصور فيه المبادلة المالية وفي بعض الكتب قال سواء
كان بمال او بغير مال قلت الاولى ان يكون هذا التعميم في الطلاق على ما ذكرناه من
الخلاصة وهذا لان الخلع يكون بمال والعتق وهذا لانه اسقاط ايضا فلا يبطله
الشرط الفاسد سواء كان بمال او بغير مال على ما في الخلاصة والبزازية والرهن
بان قال رهنت عبدك عندي بشرط ان نستخدمه صح الرهن وبطل الشرط والايصاء
قال في الفصل الخامس من كتاب الوصية من الخلاصة رجل قال لاخر لك اجر مائة
درهم على ان تكون وصيي الشرط باطل والمائة وصية له وهو وصي وهكذا في البزازية
ايضا ومعنى بطلان الشرط مع قوله فهو وصي والمائة وصية له انها لا تكون
للايصاء فيبطل جعلها له وتبقى وصية له ان قبلها كانت له والا فلا كذا في البحر
والوصية بان قال اوصيت لك بثلث مالي ان اجاز فلان فالشرط باطل والوصية
صحيح قال في وصية البزازية وتعليق الوصية بالشرط جائز لانها في الحقيقة اثبات
الخلافة عند الموت انتهى ومعنى صحة التعليق ان الشرط ان وجد كان للموصى له
المال والا فلا شيء له كذا في البحر ولا يخفى عليك انه لو جعل معنى صحة التعليق بالشرط
عدم بطلان الوصية المعلقة لكان اولى سواء وجد الشرط او لا يعني انه لغو والوصية
صحيحة ويؤيده ما ذكره في البحر نقلا عن قاضيخان انه لو اوصى بثلث ماله لام
ولده ان لم تتزوج فقبلت ذلك ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان فانها
تستحق الثلث بحكم الوصية انتهى ووجه التاييد انه قال فانها تستحق الثلث بحكم الوصية
مع عدم وقوع الشرط فانه دل على ان الشرط لغو ونفع الوصية المعلقة به سواء
وقع او لم يقع واما تاويل كلام قاضيخان بان مراده بالشرط في هذه المسئلة
عدم تزوجها عقيب انقضاء العدة بلا تاخير لا عدمه الى الموت بدليل انه قال
تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان للاحتراز عن تزوجها عقيب الانقضاء
فتكلف بارد والظاهر ما ذكرناه قال في كتاب الوصية من القنية قال للمديونه
اذا مت فانت بريء من ديني عليك قال ابو القاسم الصفار صح وصية ولو قال ان مت

لابراء للمخاطرة فعلم منه ان صحة تعليق الوصية بالشرط مقيد بعدم كونه بكلمة ان والا
فلا يصح تعليقه بكلمة ان ويخالفه ما في وصية قاضيخان فانه قال رجل قال في صحته او
مرضه ان حدث لي حدث فلفلان كذا عن ابي يوسف انه قال سمعت ابا ح يقول ان هذه
وصية والحدث عندنا الموت ثم قال وفيه لو قال ان مت من مرضي هذا فلفلانة لامته
حرة وما كان في يدها من شيء فهو لها صدقة قال ارى ذلك جائزا على وجه الصدقة
ولها ما كان جائزا على وجه الصدقة ولها ما كان في يدها يوم مات وعليها البينة
ان هذا كان في يدها يوم مات انتهى فظهر من هاتين المسئلتين ان تعليق الوصية
بالشرط بكلمة ان صحيح ويمكن ان يقال ان ما ذكره في القنية ليس مطلق الوصية بل وصية
الابراء عن الدين فانها لا يصح تعليقها بكلمة ان كنفس الابراء بخلاف سائر الوصية
والشركة بان قال اشركتك على ان تهدي لي كذا ومن هذا القبيل ما في شركة البزازية
ولو شرط العمل على اكثرهما مالا والربح بينهما نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما اثلاثا
انتهى وفي الخلاصة الشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط والمضاربة
بان قال ضاربتك كذا ان شاء فلان او قدم فلان كذا في العيني فان قيل في مضاربة
قاضيخان المضاربة تفسد باشياء منها اذا شرط لاحدهما من الربح ما يقطع الشركة
نحو ان يجعل له دراهم مسماة مائة اذا قل او كثر فسدت المضاربة ومنها اذا شرط
على المضارب ضمان ما هلك في يده ومنها اذا شرط في المضاربة عمل رب المال
مع المضارب لان ذلك يمنع التخلية بين المال والمضارب وهي شرط في المضاربة وكذا
لو وكل رجلا ليدفع ماله مضاربة فدفع الوكيل وشرط عمل نفسه مع المضارب
وشيئا معلوما لنفسه من الربح كان ذلك فاسدا تفسد به المضاربة ومنها اذا
دفع الاب او الجد او وصي الاب مال الصغير الى رجل مضاربة وشرط عمل اليتيم مع
المضارب كانت المضاربة فاسدة انتهى ثم قال بعد هذا بصحيفة رجل دفع الى
غيره مضاربة وشرط شرطا يؤدي الى جهالة الربح مثل ان يشتري على ان يدفع المضارب
داره الى رب المال ليسكنها او ارضه ليزرعها رب المال كانت المضاربة فاسدة لانه
جعل نصف الربح عوضا عن عمله وعن اجرة الارض والدار فكانت حصة العمل مجهولة
انتهى وقال في مضاربة البزازية ولو شرط من الربح عشرة دراهم مثلا فسدت المضاربة

انتهى فدل هذه المسائل على ان المضاربة تفسد بالشروط الفاسدة فكيف يصح قولهم المضاربة
لا تفسد بالشروط الفاسدة قلنا الجواب يظهر بنقل ما في الفتاوى ففي البزازية
لا تبطل المضاربة بالشروط الفاسدة ولو شرط من الربح عشرة دراهم مثلا فسدت
لا لانه شرط بل لقطع الشركة ثم قال فيها كل شرط اوجب جهالة الربح افسدها لان
الربح معقود عليه في المضاربة وجهالة المعقود عليه في العقد تفسده وان لم توجب
جهالته صحت وبطل الشرط لان الشرط الفاسد لا يؤثر في فسادها كما لو شرط الوضيعة
على المضارب لانه لا يؤدي الى قطع الشركة في الخارج انتهى وقال في المحيط السرخسي
كل شرط يؤدي الى جهالة الربح تفسد المضاربة وكل شرط لا يؤدي الى جهالة الربح
يبطل الشرط ويصح العقد مثل ان شرط الوضيعة على المضارب سواء وعليهما صحت
المضاربة ويبطل الشرط انتهى وقال في قاضيخان دفع الى رجل مضاربة وشرط
فيها ان يدفع المضارب داره الى رب المال ليسكنها كانت المضاربة فاسدة لانه يؤدي
الى جهالة حصة المضارب من الربح ولو شرط ان دفع رب المال داره الى المضارب
صحت المضاربة ويبطل الشرط لان المضاربة لا تبطل بالشروط الفاسدة وتبطل
بجهالة حصة المضارب من الربح وفي المسئلة الثانية هذا شرط لا يؤدي الى جهالة
الربح لان رب المال ما شرط على المضارب شيئا سوى العمل انتهى فظهر من جملة هذا ان
الشروط الفاسدة على ثلثة اوجه منها ما يقطع الشركة في الربح ومنها ما يؤدي
الى جهالة حصة المضارب من الربح وهما واحد في المال ومنها ما لا يقطع الشركة في
الربح ولا يؤدي الى جهالة الحصة في الربح ولا شك ان الاول والثاني تفسد المضاربة
على ما صرح به وقد ذكرناه والثالث لا تفسدها بل يبطل الشرط فمرادهم بالشرط
الفاسد ههنا هو الثالث لا الاول والثاني ومنه ظهر ضعف ما ذكره العيني من المثال
الذي ذكرناه هذا ما تيسر لي في شرح هذا المقام والقضاء بان قال الخليفة وليتك
قضاء مكة مثلا على ان لا تعزل ابدا والامارة بان قال الخليفة وليتك امارة الشام
مثلا على ان لا تركت فهذا الشرط فاسد ولا تبطل القضاء ولا الاميرية كذا في البحر
وفي الخلاصة تعليق القضاء والامارة بالشرط مثل ان قال ان قدم فلان فانت امير
هذه البلدة او قاضيها صحيح والحوالة بان قال احلتك على فلان بشرط ان لا ترجع علي عند التوى

كذا في العيني يعني يبطل الشرط لا الحوالة فيرجع عليه عند التوى وفي حوالة الخلاصة
والبزازية ومن صور فساد الحوالة ما اذا شرط في الحوالة ان تعطي المال المحال به
المحتال عليه للمحتال من ثمن دار المحيل فانها فاسدة لانه لا يقدر على الوفاء بالملتزم
بخلاف ما اذا التزم المحتال عليه الاعطاء من ثمن دار نفسه حيث يصح لانه قادر
على بيع دار نفسه ولا يجبر على بيع داره كما اذا كان قبولها بشرط الاعطاء عند
الحصاد ولا يجبر على الاداء قبل الاجل انتهى فعلم ان اطلاق المصنف وغيره ههنا ليس على ما
ينبغي والكفالة قال في بيوع الخلاصة تعليق الكفالة بالشرط ان كان متعارفا صحت
الكفالة والشرط نحو ان يقول اذا قدم المطلوب فانا به كفيل او ان استحق المبيع فانا به كفيل
وان كان شرطا محضا كقوله ان دخل فلان الدار او ان هبت الريح او ان جاء المطر لم يصح
انتهى الظاهر ان ضمير لم يصح راجع الى الكفالة فكان خلاف ما حكم به المصنف من ان الشرط
فاسد والكفالة صحيحة حيث قال وما لا يبطله الشرط الفاسد ثم قال في الخلاصة
ايضا والكفالة الى هبوب الريح جائزة والشرط باطل كذا في شرح القدوري وقال
فيه ما جاز ان يتعلق بالشرط لا يبطله الشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق والحوالة
والكفالة وفي النسفي ايضا ان الشرط اذا لم يكن متعارفا يبطل الشرط دون الكفالة
وقال في شرح الشافعي الكفالة كالنكاح يبطل الشرط دون الكفالة وفي نسخة السرخسي
الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح ويبطل الشرط انتهى ما في الخلاصة وهذه
كلها موافق لما ذكره المصنف والحاصل ان كلامهم في هذه المسئلة مضطرب فقال بعضهم ان
الكفالة لم تصح بالشروط الفاسدة بل تبطل كما ذكره في الخلاصة اولا وبعضهم لا تبطل
بالشروط الفاسدة كما ذكره ثانيا عن شرح القدوري والنسفي وشرح الشافعي والسرخسي
ولنا في هذه المسئلة كلام وبيان سيأتي في الكفالة وقال في كفالة البزازية كفل
بمال على ان يجعل له الطالب جعلا ان لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط اي الجعل
باطل والكفالة جائزة لان الكفيل مقرض في حق المطلوب فاذا شرط الجعل مع ضمان المثل
فيه شرط الزيادة على ما اقرضه وانه ربوا وان شرطه فيها بطلت الكفالة وكان ينبغي
ان يصح الكفالة لعدم بطلانها بالشرط الفاسد الا يرى ان الكفالة الى هبوب الريح تصح
ويبطل الشرط لثبوت الكفالة ولم يثبت الشرط لما له يستحق الجعل فلا يثبت الكفالة

وكان بطلانها من هذا الوجه لا من حيث انه شرط فاسد بخلاف الهبوب لانه شرط لا ينتفع
به الكفيل واذا خلا عن النفع لم يجب مراعاته كما لو شرط في البيع ما لا ينتفع به احدهما انتهى
وقال في كفالة قاضيخان ولو علق الكفالة بما هو شرط محض نحو ان يقول اذا هبت
الريح او اذا جاء المطر او اذا قدم فلان الاجنبي فانا كفيل بنفس فلان لا يصير كفيلا وكذا
لو علق الكفالة بالمال بهذه الشرائط ولو جعل الكفالة مؤجلة الى مجهول نحو ان يقول
كفلت به الى هبوب الريح جازت الكفالة والشرط باطل انتهى فعلم منه ايضا ان
المسئلة مقيدة بما لم يكن الشرط محضا والا يبطل الكفالة والشرط معا وبما لم يكن
شرطا متعارفا والا يصح الكفالة والشرط معا بل المراد بالشرط الفاسد هنا ما يكون
غير متعارف فيبطل الشرط لا الكفالة وهو الذي نحن بصدده هنا ثم الكفالة
هنا اعم من الكفالة بالنفس او بالمال لانهما سيان في هذا الحكم على ما صرح به في
كفالة الزيلعي والوكالة بان قال وكلتك على كذا بشرط كذا وفي البزازية الوكالة لا تبطل
بالشروط الفاسدة اي شرط كان والاقالة بان قال اقلتك عن هذا البيع ان
اقرضتني كذا هكذا في البحر نقلا عن العيني قلت هذا مخالف لما ذكره في اقالة البزازية
حيث قال ولا يصح تعليق الاقالة بالشرط بان باع ثورا من زيد فقال اشتريته رخيصا
فقال زيد ان وجدت مشتريا بالزيادة فبعه منه فوجد فباعه بازيد لا ينعقد البيع
الثاني لانه تعليق الاقالة لا الوكالة بالشرط انتهى فقد صرح الفرق بين الاقالة والوكالة
فحكم بان الاقالة لا يصح تعليقها بالشرط وانها تبطل بالشرط بخلاف الوكالة وهكذا
في الزيلعي ايضا حيث قال ان فسخ البيع وهو الاقالة معتبر بالبيع حتى لا يجوز تعليقه
بالشرط ولا اضافته الى الزمان كالبيع انتهى وهكذا في القنية والكتابة بان قال
المولى لعبده كاتبتك على الف بشرط ان لا تخرج من البلد او على ان لا تعامل فلانا
او على ان تعمل في نوع من التجارة فان الكتابة فيها تصح والشرط باطل كذا في البحر وفي
الخلاصة نقلا عن الجامع مكاتب اشترط عليه بان لا يخرج من الكوفة الا باذن سيده
فالكتابة جائزة والشرط باطل وله ان يخرج كما لو كاتبه على ان لا يكتسب ثم قال نقلا
عن الجامع الكبير اذا كاتب الرجل جاريته وهي حامل على ان الولد لا يدخل في الكتابة
فهي فاسدة قال لان الكتابة تبطل بالشرط الفاسد انتهى وهذا لان الفساد فيه

في

في صلب العقد بخلاف ما في الجامع الصغير فان الفساد ليس في صلب العقد فلا يفسد
العقد به فلا بد من تقييد مسئلة الكتاب هنا بما لا يكون الفساد في صلب العقد
كما صرح الزيلعي حيث قال انما لا تفسد بالشروط الفاسدة اذا كانت الشروط غير
داخلة في صلب العقد بان كاتبه على ان لا يخرجه من البلدة فان الكتابة على هذا الشرط
يصح ويبطل الشرط واما اذا كان الشرط داخلا بان كاتبه على خمر او خنزير فانها
تفسد ولو ادى بدل الكتابة الفاسدة قبل الفسخ هل يعتق ففي قاضيخان انه يعتق
فليراجع واذن العبد في التجارة بان قال لعبده اذنت لك في التجارة على ان لا تتجر
الى شهر او على ان تتجر في كذا فالشرط باطل والاذن صحيح فيكون الاذن عاما في
الاوقات والتجارات كذا في البحر وقال في الخلاصة رجل قال لاهل السوق
اذنت لهذا الصبي في التجارة ولا اجيز ما لا يعلم الا باقراره كان على ما قال وبطل
الشرط وكذا لو قال للعبد ذلك وقال في الخلاصة ايضا الحجر على المأذون
لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط كما في الاذن ودعوة الولد قال في الخلاصة
تعليق دعواه الولد من الجارية بالشرط صحيح بان قال ان كانت جاريتي حاملا
فهو مني يثبت النسب انتهى وفيه كل من الشرط والدعوة صحيح ومثال المسئلة ما ذكره
في البحر قال لامته التي ولدت هذا الولد مني ان رضيت امرأتي بذلك انتهى فان
الشرط باطل والدعوة صحيح والصلح عن دم العمد بان صالح ولي المقتول عمدا مع
القاتل على شيء بشرط ان يقرضه او يهدي اليه فان الصلح صحيح والشرط باطل
ويسقط القصاص والابراء عن دم العمد مثل الصلح عنه وعن الجراحة قال في
الخلاصة والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص حالا او مؤجلا لا يبطل
بالشرط الفاسد وكذا جناية الغصب وجناية الوديعة والعارية اذا ضمنها رجل
وشرط فيها حوالة او كفالة لا يبطل بالشرط انتهى وهكذا ذكره في العمادي
وقال بل الشرط باطل قيده بالعمد لان الصلح عن دم الخطاء يكون من القسم
الاول لانه صلح عن مال وعقد الذمة اي مع الامام عند فتح قلعة بان قال الامام
لحربي يطلب عقد الذمة ضربت عليك عقد الذمة ان شاء فلان مثلا فان
عقد الذمة صحيح والشرط باطل كذا في البحر وتعليق الرد بعيب او بخيار الشرط

بان قال المشتري في الاول ان وجدت بالمبيع عيبا ارده عليك ان شاء فلان مثلا وبان
قال من له خيار الشرط في الثانية ردت البيع او اسقطت خياري ان شاء فلان
فانه صحيح والشرط باطل كذا في البحر وقال في الخلاصة نقلا عن المنتقى تعليق الرد بالعيب
بالشرط وتعليق الرد بخيار الشرط بان قال ان لم ارد هذا الثوب المعيب اليوم عليك
رضيت بالعيب وفي خيار الشرط لو قال ابطلت خياري اذا جاء غدا وغدا اما في
الرد بالعيب فباطل وله الرد بالعيب وفي خيار الشرط صح ما شرط انتهى وقال في
الفصولين ولو قال المخير ان لم افعل كذا فقد ابطلت خياري ولم يرده اليوم لم يبطل
خياره ولو لم يقله ولكنه قال ابطلت خياري غدا او قال ابطلت خياري اذا جاء
غد بطل خياره انتهى وقال في البزازية وتعليق الرد بالعيب باطل وله الرد وفي
خيار الشرط صحيح وعزل القاضي بان قال الامام للقاضي عزلتك عن القضاء ان شاء
فلان فانه ينعزل ويبطل الشرط لانه اسقاط فلا يؤثر فيه الشرط الفاسد
كذا في البحر وقال في العمادي والفصولين لو قال الامام لرجل اذا اتاك كتابي هذا
فانت معزول من القضاء ينعزل بوصوله وقيل لا وبه يفتى فالحاصل ان ما يفتى به
واعلم انه ذكر هنا جملة ما يبطل بالشروط الفاسدة وما لا يبطل بها ولم يذكر جملة
ما يصح اضافته الى الوقت المستقبل وهي اربعة عشر وجملة ما لا يصح اضافته
وهي عشرة بل ذكرها في اخر كتاب الاجارة في مسائل منثورة فاذا وصلنا اليه
شرحناه **كتاب الصرف** الصرف في اللغة النقل والرد وفي الشرع نوع خاص
من انواع البيع هو بيع ثمن بثمن اي النقدين بجانسا اولا وانما سمي هذا النوع من البيع
صرفا لاحد معنيين اما للحاجة الى النقل في البدلين من يد الى يد لان الكتقا بض
شرط فيه والصرف هو الزيادة لغة على ما قاله الخليل فناسب ان يسمى صرفا وفي
قوله بجانسا اولا اشارة الى اقسامه الثلاثة بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة
واحدهما بالاخر والكل جائز بعد استجماع شرائطه وشرط فيه القبض اي قبض
البدلين في المجلس قبل التفرق اي بالبدن لقوله عم الذهب بالذهب والفضة
بالفضة مثلا بمثل يدا بيد ولقول عمر رض ان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره
ولانه لا بد من قبض احد العوضين احترازا عن بيع الكالي بالكالي فلا بد من قبض

الاخر ايضا احترازا عن شبهة الفضل لان النقد خير من النسيئة والشبهة في باب الربوا
ملحقة بالحقيقة على ما تقدم في الربوا ولان احد العوضين ليس اولى من الاخر
بالقبض فيجب قبضهما معا ولا فرق في ذلك بين ما كانا يتعينان كالمضروب او يتعين
احدهما دون الاخر لاطلاق ما روينا الذهب بالذهب الحديث والمصوغ وان
كان يتعين بالتعيين لكن فيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط
قبضه اعتبارا للشبهة بالحقيقة في باب الربوا والمراد بالتفرق هنا ما يكون
بالبدن حتى لو مشيا معا الى جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل
الصرف لقول ابن عمر وان وثب من سطح فثب معه بخلاف خيار المخيرة حيث
يبطل بمشيها مع زوجها ولو الى جهة واحدة لان الشرط هو الرد قبل التفرق بالمكان
لا بالابدان واعلم ان الصرف له اربع شروط الاول قبض البدلين قبل الافتراق
بالابدان الثاني ان لا يكون فيه خيار الشرط فان شرط فيه خيارا وابطله
صاحبه قبل التفرق صح وبعده لا واما خيار العيب والرؤية فيثبتان فيه
كما في سائر العقود المحتملة للخيار الا ان خيار الرؤية لا يثبت الا في العين لا الدين
لانه لا فائدة في رده بالخيار اذ العقد لا ينفسخ برده وانما يرجع بمثله ويجوز ان يكون
المقبوض مثل المردود او دونه فلا يفيد الرد فائدة فاذا رده بعيب انفسخ العقد
سواء رده في المجلس او بعده الثالث ان لا يكون بدل الصرف مؤجلا لئلا يلزم
الربوا فان ابطل صاحب الاجل اجله قبل التفرق في المجلس انقلب جائزا لزوال
المفسد قبل تقرره فان قيل ان العقود اعراض والاعراض لا بقاء له على ما بين في
الكلام والانقلاب الى الجواز يقتضي البقاء قلنا العقود الشرعية لها حكم الجواهر
الرابع التساوي في الوزن ان كان المعقود عليه من جنس واحد فان تبايعا
ذهبا بذهب او فضة بفضة مجازفة لم يجز فان علم التساوي في المجلس وتفرقا
عن قبض صح وكذا لو اقتسما الجنس مجازفة لم يجز الا اذا علم التساوي في المجلس
لان القسمة مثل البيع عليهما في البحر ثم اختلفوا في الشرط الاول اعني القبض
انه شرط الصحة او شرط البقاء على الصحة قيل هو شرط الصحة وقيل شرط البقاء
قلت وهو الراجح لان الشرط يتقدم المشروط في الوجود والقبض مؤخر عن العقد

مقدم على البقاء ويمكن ان يقال بصيرة للاول ان حال العاقدين قبل الافتراق جعلت كحالة العقد
تيسيرا عليهما فاذا وجد القبض في المجلس قبل الافتراق يعتبر مقارنا بالعقد لانه مجلس
واحد فيصح كونه شرطا للصحة والمص صرح الشرط الاول واشار الى الثاني والثالث
بقوله قبل التفرق وسيصرح الرابع بقوله لا بجنسه الا مساويا وصح بيع الجنس بغيره
اي بيع الذهب بالفضة وبالعكس مجازفة اي بلا وزن وبتفضيل لعدم المجانسة فلا يلزم
الربو لكنه وجب التقابض بقوله عم بيع الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء اي يدا
بيد لا بيعه بجنسه اي لا يصح بيعه بجنسه الا مساويا في الوزن يعني لو بيع الذهب بالذهب
والفضة بالفضة شرط لصحة العقد القبض قبل الافتراق والتساوي في الوزن
لقوله عم الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث فلو باع عشرة دراهم بعشرة دراهم او باع
عشرة دراهم بتسعة دراهم ودينار جاز ولو باع عشرة دراهم ودينارا بعشرة دراهم
لا يجوز لان الزيادة ربوا واختلاف الجنس لا يفيد ههنا لان الدينار خال عن العوض
ومنه ظهر فساد ما تعامله الناس في زماننا فانهم يتصارفوا عشرة دراهم خالصة
بعشرة دراهم مغلوبة الغش مع دينار فانه لا يجوز لانه ربو ولو تصارفوا عشرة دراهم
ودينارا خالصة باحد عشر جاز واعلم ان الشرط هو المساوات في علم العاقدين لانه
اذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما في المجلس لا يجوز وان كانا متساويين في الواقع لان
العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته لان الفضل في موهوم والموهوم في باب
الربوا ملحق بالمتحقق ولو تصارفا جنسا بجنس مثلا بمثل وتقابضا وتفرقا ثم زاد
احدهما صاحبه شيئا او حط عنه شيئا وقبله الاخر فاختلفوا فيه فقال ابو ح
يفسد الصرف وقال ابو يوسف الصرف صحيح على حاله وكل من الحط والزيادة باطل
وقال محمد الحط جائز والزيادة باطلة واختلافهم هذا مبني على اختلافهم في ان
الشرط الفاسد المتاخر عن العقد اذا لحق به هل يلتحق به ام لا فقال ابو ح انه يلتحق به فيفسد
العقد وقالا لا يلتحق به لكن ابو يوسف طرده ههنا ومحمد فرق بين الزيادة والحط
ولو زاد او حط بخلاف الجنس جاز اجماعا لكنه يشترط قبض الزيادة قبل الافتراق
لالتحاقها باصل العقد ويتفرع على اشتراط القبض قبل الافتراق في بيع الجنس بالجنس
وبخلافه ما ذكره في البحر انه لو كان لكل منهما دين على الاخر فارسل احدهما الى الاخر

رسولا فقال بعتك الدينار التي لي عليك بالدراهم التي لك علي وقال الاخر قبلت فهو باطل
لان حقوق العقد لا يتعلق بالرسول بل بالمرسل وهما يفترقان بابدانهما والمعتبر افتراق
العاقدين سواء كانا مالكين او نائبين كالاب والوصي والوكيل لان القبض من حقوق
العقد وحقوقه تتعلق بها انتهى وان وصلية اختلفا اي الجنسان جودة وصياغة
بان يكون احدهما اجود من الاخر او احسن صياغة لقوله عم الذهب بالذهب والفضة
بالفضة مثلا بمثل والمراد به المماثلة قدرا لا وصفا لقوله عم جيدها ورديها سواء
واذا كان علم المتعاقدين في المجلس مساويهما شرطا فان بيع مجازفة ثم علم التساوي
قبل التفرق بان وزنا في المجلس جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز لوقوعه فاسدا
لم ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان ساعات المجلس كساعة واحدة فكانه وقع صحيحا
ابتداء ولا يجوز التصرف في بدل الصرف قبل قبضه فلو باع ذهبا بفضة واشترى
بها اي بالفضة ثوبا قبل قبضها فسد بيع الثوب لفوات القبض المستحق حقا لله تعالى لان
الربو لحرام حقا لله تعالى فيكون القبض المفضي اليه حق الله تعالى ايضا هذا استحسان والقياس
جوازه وهو المروي عن زفر لان الدراهم عينا كانت او دينا لا تتعين فينصرف العقد الى
مطلق الدراهم ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع
وما ثمه سوى الثمنين وليس احدهما اولى لكونه مبيعا فيجعل كل واحد مبيعا من وجه وثمنا
من وجه وان كانا ثمنين خلقة وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز فان قيل لا نم عدم الاولوية
فان ما دخله الباء اولى بالثمنية لدلالته على كونه الة والاثمان الة قلنا نعم الا ان ذلك
في الاثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير اذا كانت
دينا في الذمة وقابلها مبيع لا في الاثمان الخلقية فيجعل كل منهما بالضرورة مبيعا من
وجه ثمنا من وجه كما قيل في البيع بالمقايضة فان قيل لو كان بدل الصرف مبيعا
وجب ان يكون متعينا كما هو حال المبيع قلنا كونه مبيعا لا يستلزم تعينه فان المسلم فيه
مبيع بالاتفاق وليس بمتعين فكذا هذا فان قيل لو كان كل واحد منهما مبيعا وكونه من
وجه لاشتراط قيام الملك في كل منهما وقت العقد لان كل ما هو مبيع كذلك لان بيع
المعدوم جار العقد باطل ولكنه لم يشترط ذلك فانه لو باع دينارا بدرهم وليسا
في ملكهما فاستقرضا في المجلس وافترقا عن قبض صح العقد على ما صرح به في العناية وغيره

قلنا ان الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه وانما اعتبر مثمنا بعد العقد لضرورة
العقد فيجعل مثمنا بعده ثمنا قبله فلا يشترط وجوده قبله وقد يجاب عن قياس زفر
ايضا بانا سلمنا ان الدراهم مطلقا لا تتعين بالتعيين ولكن المانع من جواز هذا البيع
لزوم اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد لان تعيين الدين يكون اشتراطا على من عليه الدين
بان يوفيه وهذا شرط فاسد يفسد العقد كما اذا اشترى شيئا على ان يكون الثمن على
غيره الا ترى انه لو كان له دين على شخص فاشترى به شيئا من غير من عليه الدين
فانه لا يجوز لهذا المعنى كذا في الزيلعي وفي قوله فسد بيع الثوب اشارة الى ان الصرف
باق على حاله فيقبض بدله من عاقده معه على ما صرح به في البحر فان قبض في
المجلس تم والا فلا واورد عليه بان فساد الصرف في حق الله تعالى وصحة بيع الثوب
حق العبد فتعارض الحقان فيقدم حق العبد لاحتياجه على حق الله تعالى واجيب بان ذلك
بعد ثبوت الحقين ولم يستحق العبد هنا بعد فلا تعارض ولو اشترى امة تساوي الفا
مع طوق في عنقها كلمة مع متعلق باشترى قيمته اي قيمة الطوق الف ايضا بالفين متعلق
باشترى ونقد الفا ثم افترقا بدنا فهو اي الالف المنقود ثمن الطوق بناء على الاصل المار
ان قبض حصة الطوق في المجلس واجب حقا للشرع لكونه بدل الصرف وقبض ثمن الجارية
ليس بواجب وغير الواجب لا يعارض الواجب والظاهر من حال المسلم اتيان الواجب تفريغا للذمة
ويبقى ثمن الجارية دينا في الذمة ولو اشتراها بالف فسد البيع لان الالف بدل الطوق
فيبقى الجارية فضلا خاليا عن العوض وهو ربا سواء كان الثمن من جنس الطوق او لا وكذا
لو اشتراها باقل من الف بخلاف ما لو اشتراها بالف درهم مثلا فانه جائز فان الالف يقابل
الطوق والدرهم الجارية ولو اشتراها نسيئة فالبيع فاسد فيهما عند الامام وقالا لا يفسد
في الطوق دون الجارية لان القبض ليس بشرط في حصتها فيقدر الفساد بقدر المفسد
وللامام ان الفساد مقارن فيسري الى الجميع كما لو جمع بين عبد وحر في البيع بخلاف
الفساد في الاولى فانه طارئ فلا يتعدى الى غيره ولا يخفى عليك ان في عبارته مسامحة
فانه ذكر ان قيمة كل من الجارية والطوق الف ولا يعتبر في الطوق القيمة وانما يعتبر
القدر عند المقابلة بجنسه وكذا لا يحتاج فيه الى بيان قيمة الجارية لان قدر الطوق
صار مقابلا بالطوق والباقي بالجارية قل قيمتها او كثر بالجواز فلا فائدة في بيان

فيها

فيهما ولا في بيان قيمة الطوق الا اذا قيل ان الثمن خلاف جنس الطوق بان كان الطوق
فضة والثمن ذهبا او بالعكس فيفيد بيان قيمتها لان الثمن حينئذ ينقسم عليهما على قدر قيمتها
كذا ذكره الزيلعي ولو اشتراها اي الامة مع طوقها بالفين الف نقد والف نسيئة فالنقد
ثمن الطوق لما مر ان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والظاهر من حالهما المباشرة
على وجه الجواز وان اشترى سيفا محلى بذهب او فضة حليته خمسون درهما بمائة
درهم وبه بالمائة لانه لو اشتراها بخمسين درهما او باقل من خمسين او بدراهم
لا يدري مقدارها لا يجوز للربوا او لعدم العلم بالمساوات عند العقد وتوهم الفضل
على ما سبق ونقد خمسين فهي حصة الحلية وان لم يبين انه لايهما من السيف والحلية
لما ذكرنا ان الظاهر من حاله الاتيان بالواجب او قال هي من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بها
الواحد فيحمل عليه بقرينة الحال وكذا لو قال من ثمن الحلية وهو ظاهر وهنا صورتان
اخريان الاولى ان يقول خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف
والثانية ان يجعل الكل من ثمن السيف وفيها يكون المقبوض ثمن الحلية لان السيف
مع الحلية شيء واحد فيجعل المنقود عن ثمن الحلية لان مراده ان يسلم له كل الثمن
ولا يسلم له الا بهذا الطريق كذا في الزيلعي وقال في البحر نقلا عن المعراج لو قال
هذه الخمسين ثمن السيف خاصة وقال الاخر نعم او قال لا وتفرقا
على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساوات في العقد
او الاضافة ولا مساوات بعد تصريح الدافع ان المدفوع عن السيف خاصة والقول
في ذلك قوله لانه هو المملك فالقول له في بيان جهته انتهى وهكذا ذكره في العناية
وذكر في البحر ايضا نقلا عن السراج الوهاج ولو قال هذا الذي عجلته حصة السيف
كان عن الحلية وجاز البيع لان السيف اسم للحلية ايضا لانها تدخل في بيعه تبعا
ولو قال هذا من ثمن النصل والجفن خاصة فسد البيع لانه صرح بذلك وازال
الاحتمال فلم يمكن حمله على الصحة انتهى وهذا يوافق الصورة الثانية مما ذكرناه من الزيلعي
ووجه الفرق بينه وبين ما ذكره نقلا عن المعراج ان ما ذكر في الزيلعي والسراج
الوهاج ليس فيه لفظة خاصة وقد ذكر هذا في المعراج وان تفرقا على ذلك البيع
بلا قبض صح العقد في السيف دونها اي دون الحلية ان تخلص الحلية عن السيف

بلا ضرر لانه امكن افراده بالبيع والتسليم فصار كالطوق والجارية هكذا علله في الزيلعي
ثم ذكر ههنا نقلا عن النهاية ما نقلناه انفا عن المعراج والعناية ثم قال من عند نفسه
ينبغي ان يكون هذا كالمسئلة المتقدمة من انه يصرف الى الحلية على ما بيناه ومن انه على
التفصيل المتقدم يعني ان كانت الحلية تتخلص بغير ضرر صح في السيف خاصة والا
فيبطل في الكل وفي المحيط لو قال هذا من ثمن النصل خاصة ينظر ان لم يمكن التمييز الا
بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعا لانه قصد صحة البيع ولا صحة له
الا بصرف المنقود الى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحا للبيع وان امكن تمييزها بغير
ضرر بطل الصرف لانه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع ويجوز البيع
بدون جواز الصرف فعلى هذا ما ذكر في النهاية محمول على ما اذا كانت الحلية تتخلص
بغير ضرر توفيقا بينه وبين ما ذكر في المحيط انتهى كلام الزيلعي واعترض عليه في
البحر بان ما في المحيط انما هو فيما اذا صرح بالنصل دون السيف ولا نزاع في عدم
انصرافه الى الحلية لانه صريح لكن يشترط ان يتخلص بلا ضرر والا صرفناها الى
الحلية وتركنا الصريح تصحيحا للبيع لانه لولا ذلك لبطل في الكل وما في النهاية انما هو
فيما اذا قال خذ هذا من ثمن السيف خاصة فذكر السيف ولم يذكر النصل والحاصل
انه ان ذكر السيف ولم يقل خاصة صرف الى الحلية مطلقا سواء امكن الى النصل
ان امكن تخليصه بلا ضرر والا صرفناه الى الحلية والا اي وان لم يتخلص بلا ضرر
بطل البيع فيهما اما الحلية فقط لانه صرف فيها ولم يوجد شرطه وهو القبض واما السيف
فلعدم امكان التسليم الا بضرر وان باع اناء فضة بفضة او بذهب وقبض بعض
ثمنه وافترقا صح العقد فيما قبض فقط وبطل فيما لم يقبضه والاناء مشترك
بينهما لانه صرف وقد وجد شرط بقائه في بعض دون بعض فبقي صحيحا فيما وجد
شرطه لا فيما لم يوجد والفساد لا يشيع لكونه طاريا وتفريق الصفقة بعد
التمام جائز فلا يكون مانعا وقد تمت الصفقة ههنا ومعنى تمام الصفقة تقدم
في اول البيع وان استحق بعضه اي بعض الاناء اخذ المشتري ما بقي بحصته او رده
لانه تعيب بعيب الشركة بغير صنع اذ الشركة في الاعيان المجتمعة عيب لانتقاصها
بالتبعيض بخلاف الشركة المتقدمة بسبب تفرقهما لانها حدثت بصنع منه وهو

الافتراق

الافتراق لا عن قبض ولو استحق بعض قطعة نقرة النقرة هي القطعة المذابة من الذهب
او الفضة يقال نقرة فضة على ان الاضافة للبيان كذا في المغرب اشتراها بذهب
او فضة اخذ الباقي بحصته بلا خيار لان الشركة فيها ليست بعيب لعدم اضرارها هذا
بعد القبض واما اذا استحق بعض النقرة قبل قبضها فان له الخيار لتفرق الصفقة
عليه قبل التمام كذا في البحر وقال في جامع الفصولين من دعوى النقرة لو تزوجها
على مائة درهم نقرة ولم يصفها صح العقد فلو ادعت مائة درهم وجب لها مائة درهم
وسط انتهى واستدل به صاحب البحر على ان الواجب بالنقرة في العقود هو
الدرهم الوسط وصح بيع درهمين ودينار بدينارين ودرهم وبيع كر بر وكر شعير
بكري بر وكري شعير صرفا لكل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي لا يجوز فيهما لان
في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته
التقابل الانقسام على وجه الشيوع بان يكون لكل واحد من البدلين حظ من
جملة الاخر لا على وجه التعيين لان في التعيين تغيير تصرفه فلا يجوز وان كان
فيه تصحيح التصرف لان تغيير التصرف لا يجوز لتصحيحه والا لامكن تصحيح كل عقد
فاسد بتغييره ومما يدل على ذلك انه اذا اشترى سوارا بعشرة وثوبا بعشرة
ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف
ثم باعه مع عبد اخر من البايع قبل نقد الثمن بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى
بالف لانه اشترى ما باع باقل مما باع وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا
جمع بين عبده وعبد غيره فقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى
عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض فسد
البيع في الدرهم ولا يصرف الى الثوب الى غير ذلك وهذا كله لما ذكرناه من ان
قضيته تقابل الجملة بالجملة يقتضي الانقسام على الشيوع قلنا ان المقابلة المطلقة
يحتمل مقابلة الفرد بالفرد بطريق صرف كل جنس الى خلافه لا طلاقها فيحمل عليه
لتصحيح العقد ما امكن والتغيير الحاصل بمقابلة الجنس بخلافه تغيير في وصف
التصرف فلا يمنع الجواز لا في اصله لان موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل
بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه

وبين غيره بتصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه وان كان في ذلك تغيير وصف التصرف
من الشيوع الى معين لكون اصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقيا وما ذكره
في مسئلة المرابحة انما يكون في المساومة واما اذا صرحا بذكر المرابحة فطريق
تصحيحه بالتغيير في اصل العقد من المرابحة الى التولية بان يجعلها تولية في النوادر
بصرف الربح كله الى الثوب وطريق التصحيح في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن
صرف الزيادة على الالف الى المشترى وفي المسئلة الثالثة اضيف البيع الى المنكر
والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين ضده والشئ لا يتناول ضده وفي الرابعة ان العقد
قد انعقد صحيحا وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض وكلامنا في الابتداء
دون البقاء وصح بيع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار لان العشرة يكون
بمثلها والدينار بالدرهم لان شرط الصرف التماثل على ما رويناه فالظاهر انه اراد هذا
النوع من المقابلة تصحيحا لعقده فالعشرة بالعشرة ويبقى الدرهم بالدينار وهما
جنسان لا يعتبر التساوى بينهما بخلاف بيع عشرة دراهم باحد عشر درهما مثلا فانه
لا يجوز الا باحدى الصور التى ذكرت في الفتاوى فقال في قاضيخان رجل له على
رجل عشرة دراهم فاراد ان يجعلها ثلاثة عشر الى اجل قالوا يشترى من المديون
شيئا بتلك العشرة ويقبض المبيع ثم يبيع من المديون بثلاثة عشر الى سنة فيقع التحرز
عن الحرام ومثل هذا مروى عن رسول الله عم انه امر بذلك رجل طلب دراهم
ليقرضه يده ووازده اى اثنى عشر فوضع المستقرض متاعا بين يدى المقرض
ويقول للمقرض بعت منك هذا المتاع بمائة درهم فيشترى المقرض ويدفع اليه
الدراهم ويأخذ المتاع ثم يقول المستقرض بعنى هذا المتاع بمائة وعشرين درهما
فيبيعه المقرض فيحصل للمستقرض مائة درهم ويعود اليه متاعه ويجب للمقرض
عليه مائة وعشرون درهما والاوثق والاحوط ان يقول المستقرض للمقرض
بعد ما قرر المعاملة كل مقاولة وشرط كان بيننا فقد تركته ثم يعقدان بيع
المتاع وهذه المسئلة دليل على جواز بيع الوفاء اذا لم يكن الوفاء شرطا في البيع
وهذا اذا كان المتاع للمستقرض فان كان المتاع للمقرض وليس للمستقرض شئ
ويريد ان يقرضه شئ بثلاثة عشر مثلا الى اجل فان المقرض يبيع من المستقرض

سلعة بثلاثة عشر ويسلم السلعة الى المستقرض ثم ان المستقرض يبيع السلعة من اجنبى
بعشرة ويدفع السلعة الى الاجنبى ثم ان الاجنبى يبيع السلعة من المقرض بعشرة ويأخذ
منه العشرة ويدفعها الى المستقرض فيبرا الاجنبى من الثمن الذى كان عليه للمستقرض
فيصل السلعة الى المقرض بعشرة وللمقرض على المستقرض ثلاثة عشر الى اجله وحيلة
اخرى ان يبيع المقرض من المستقرض سلعة بثلاثة عشر الى اجل معلوم ويدفع السلعة
الى المستقرض ثم يبيعها المستقرض من اجنبى ثم ان المستقرض يقيل البيع مع الاجنبى
قبل القبض او بعده ثم يبيعها المستقرض من المقرض بعشرة ويأخذ العشرة فيحصل للمستقرض
عشرة وعليه للمقرض ثلاثة عشر ويصل السلعة الى المقرض والمستقرض وان صار مشتريا
ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن الا ان ذلك جائز لتخلل البيع الثانى وهو البيع الجارى
بين المستقرض والاجنبى وحيلة اخرى ان يبيع المقرض من المستقرض سلعة بثمن مؤجل
ويدفع السلعة الى المستقرض ثم ان المستقرض يبيعها من غيره باقل مما باع ثم ذلك
الغير يبيعها من المقرض بما اشترى لتصل السلعة اليه بقيمتها ويأخذ الثمن ويدفعه
الى المستقرض فيصل القرض الى المستقرض ويصل المستقرض الى المقرض فيحصل
الربح للمقرض وهذه الحيل هى العينة التى ذكرها محمد قال مشايخ بلخ بيع العينة في زماننا
خير من البيع الذى يجرى في اسواقنا وعن ابى يوسف انه قال العينة جائزة ماجورة
لمكان الفرار من الحرام انتهى كلام قاضيخان وصح بيع درهم صحيح ودرهمين غلة هى
الدراهم المقطعة التى يردها بيت المال الزيافها بل لكونها قطعا ويأخذها التجار
بدرهمين صحيحين ودرهم غلة لانه صدر من اهله ووقع في محله واسمح بشرطه
وهو المساواة ولا عبرة بالجودة عند المقابلة بالجنس وصح بيع دينار بعشرة هى
اى العشرة عليه اى على البائع كان له على الحر عشرة دراهم دينا فباعه ذلك المديون
دينارا بالعشرة التى عليه وقال بعت هذا الدينار بالعشرة التى لك على فانه صحيح
بلا خلاف وسقط العشرة عن ذمته لانه ملكها بدلا عن الدينار وهذا وان كان
صرفا لكنه لا ربوا فيه لتمام قبض البدلين او بعشرة مطلقة بان اطلق العقد ولم يضف
الى العشرة التى كانت عليه وقال بعت هذا الدينار منك بعشرة دراهم ان دفع الدينار
هذا متعلق بكلا المسئلتين لان دفع الدينار شرط فيهما بخلاف قوله وتقاصا ان

العشرة بالعشرة فانه يتعلق بالثاني فقط وهذا استحسان والقياس ممنعه وبه قال زفر
لانه استبدال ببدل الصرف الذي وجب بالصرف وهذا لانه وجب بالصرف دين
يجب تعيينه بالقبض احترازا عن الدين والدين الذي كان عليه لا يجب قبضه فتكون
المقاصة بعد ذلك استبدالا ببدل الصرف لان اخذنا في ذمته بدل ما وجب له عليه
من ثمن الدينار فاذا كان استبدالا ببدل الصرف لا يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف سلعة
ووجه الاستحسان انه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض لما تقدم من وجوب
قبض العوضين قبل الافتراق في الصرف لقوله عم يدا بيد والدين ليس بهذه الصفة
فلا تقع المقاصة بنفس العقد كما تقع في المسئلة الاولى لعدم المجانسة بين العين والدين
لان بدل الصرف واجب التعيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه لكنهما اذا اقدما
على المقاصة بتراضيهما لا بد لهما من تصحيح ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف فتجعل
المقاصة متضمنة لفسخ الاول وانعقاد صرف اخر غير الاول مضافا الى الدين الذي
كان عليه ضرورة اذ لولا ذلك كان استبدالا ببدل الصرف وهو لا يجوز وعلى
هذا كان الفسخ ثابتا اقتضاء ولهما ذلك لان لهما فسخ اصل العقد فكان لهما تغيير
وصف العقد مع بقاء اصله بالطريق الاولى وزفر لما لم يقل بالاقتضاء لم يوافقنا
فبقي له القياس هذا اذا كانا يتقاصان واما اذا لم يتقاصا لم يقع المقاصة بنفس
العقد ما لم يتقاصا لعدم الاضافة الى الدين واعلم ان بيع النقد بالدين على ثلاثة
اقسام لانه اما ان يكون سابقا او مقارنا او لاحقا فالمص اشار الى الاول بقوله
وبيع دينار بعشرة هي عليه والى الثاني بقوله او بعشرة مطلقة ولم يذكر الثالث
وذلك بان اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم ان مشتري الدينار باع
ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم اراد ابي سليمان وهي التي اختارها فخر
الاسلام وصححه صاحب الهداية تقع المقاصة وفي رواية ابي حفص واختارها
شمس الائمة وقاضيخان لا تقع المقاصة لان الدين لاحق والنبي عم جوز المقاصة
في دين سابق على ما روي عن ابن عمر ووجه الاول ان قصدهما المقاصة تضمن انفساخ
الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين سابقا على المقاصة
ويؤيد هذا الوجه ان الدين لا يتعين بالتعيين على ما تقدم فالمطلق والمقيد منه سواء

وقد

وقد وقعت المقاصة اذا اضيف الى الدين السابق بالاتفاق فكذا اذا اضيف باللاحق بعد
فسخ العقد الاول والا كان الدين يتعين بالتعيين وذلك خلف ثم اعلم ان بيع الدين
بالدين لا يجوز بدون قبض البدلين في المجلس حقيقة او حكما لما ذكره في صرف البزازية
حيث قال وبيع الدين بالدين جائز اذا فصل الافتراق بعد قبض البدلين حقيقة
عقد صرف كان او لا نظير الصرف باع دينارا بدرهم ولم يكونا بحضرتهما ثم نقدا
وتقابضا قبل التفرق جاز وكذا لو قبض حكما بان كان له على اخر دنانير وللاخر عليه
دراهم فاشترى كل ما على صاحبه بما عليه تم بنفس البيع وكذا لو كان للاخر عليه
طعام او فلوس وله على اخر دراهم او دنانير فاشترى من عليه الطعام بالدنانير
التي له عليه ذلك الطعام صح وتم بمجرد البيع وان افترقا بعد قبض احد البدلين
حكما لا يجوز سواء كان العقد صرفا او لا كما اذا كان على اخر دنانير فاشتراه من
عليه بعشرة دراهم وصار صرفا وتفرقا قبل قبض العشرة كان باطلا مع كون
احد البدلين مقبوضا وكذا اذا كان له على اخر طعام او فلوس فاشتراه من عليه
بدراهم وتفرقا قبل قبض الدراهم بطل وهذا مما يحفظ فان مستقرض الحنطة
او الشعير تبلغها ثم يطالبه المالك بها ويعجز عن الاداء فيبيعها مقرضها منه باحد النقدين
الى اجل ويسمونها كندم نها كردني وانه فاسد لانه افتراق عن دين بدين انتهى
فعلم منه ان بيع الدين بالدين ممن عليه فاسد بدون قبض الثمن وما غالبه
الفضة او الذهب فضة او ذهب حكما لان النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة
او عادة فالاول كما في الردي والثاني ما يخلط للانطباع فانها بدونه تتفتت
فاذا كان كذلك يعتبر الغالب لان المغلوب كالمستهلك في مقابلة الغالب فاذا كان
كذلك يعتبر فيهما ما يعتبر في الجياد من تحريم التفاضل واذا كان الاعتبار للغالب
في كل منهما فلا يجوز بيع الخالص من كل منهما بها اي بالمغشوش من كل منهما اذا قابل
بجنسه ولا بيع بعضه ببعض من جنسه الا متساويا وزنا لانها من الموزونات
ولا استقراضه الا وزنا حذرا عن الربوا والوزن لما ذكرناه وما غلب عليه الغش
منهما اي من الذهب والفضة فهو في حكم العروض لما ذكرناه من ان المغلوب في
حكم المستهلك فبيعه اي بيع غالب الغش منهما بالخالص منهما على وجوه حلية السيف

فان كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي كانت في الدراهم المغشوشة او اقل منها او لا يدرى
فالبيع فاسد وان كانت اكثر صح وهو وجوه حلية السيف وانما صح لانه يكون الفضة
بالفضة والذهب بالذهب والزائد بالغش فلا يلزم الربوا ويصح بيعه بجنسه اي
بالمغشوش مثله متفاضلا صرفا للجنس الى خلافه لانه في حكم شيئين فضة ونحاس
بشرط التقابض في المجلس في كل من الفضة والغش اما في الفضة فلوجودها من
الجانبين فيكون صرفا والتقابض شرط فيه واما في الغش فلانه لا يتميز عن الفضة
الا بضرر فلا بد فيه من القبض ايضا فان قيل قد تقدم ان فيه صرفا للجنس الى خلافه
فيكون في حكم شيئين فلا يشترط فيه التقابض قلنا نعم الا ان صرف الجنس الى خلافه
ثبت لضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى فبقي العقد فيما وراء موضع
الضرورة صرفا فيشترط فيه التقابض وقال في الهداية ومشايخنا لم يفتوا بجواز
ذلك اي بيعه بجنسه متفاضلا في العدالي والغطارفة اي الدراهم العدالية والغطريفية
مع ان الغش فيها اكثر من الفضة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيها ينفتح
باب الربوا الصريح فان الناس يعتادون في الاموال النفيسة فيتدرجوا الى الذهب
والفضة ايضا بالقياس وقال في قاضيخان قالوا لا يباع المسيبية وهي الغالب عليها
الصفر في القطر يعني واحدا باثنين وذكر محمد في الكتاب انه يجوز بيع الدراهم التي
ثلثاها صفر وثلثها فضة واحدا باثنين وقال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل
لا يجوز بيع المسيبة من القطر بقي بالمسيبين لانها صارت ثمنا بجميع الاشياء بمنزلة
الذهب والفضة ولهذا قلنا بوجوب الزكوة في المائتين منها انتهى والتبايع والاستقراض
بالمغشوشة التي غلب غشها يعتبر بما يروج منه وزنا او عددا او بهما فان كان وزنا
فبالوزن وان عددا فبالعدد وان بهما فبهما لان الاعتبار لعادة الناس فيما لم يكن
فيه نص ولا يتعين اي اذا كان غالب الغش ثمنا ما دام يروج لا يتعين في العقد
بالتعيين لكونه ثمنا بالاصطلاح لان الاثمان لا تتعين في العقود بالتعيين على
ما تقدم فان هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينها لكونه ثمنا ويجب عليه مثله
ولو اشترى به اي بغالب الغش شيئا فكسد قبل القبض فسر في الهداية الكساد
بترك الناس المعاملة بها ويقرب منه ما ذكر في المصباح كسد الشيء يكسد كسادا

لم ينفق لقلة الرغبات انتهى ولم يذكر ان ترك المعاملة وقلة الرغبات في كل البلاد او
في البلد الذي وقع فيه العقد ونقل في العناية عن عيون المسائل ان عدم الرواج انما
يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج في جميع البلدان لانه يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن
واما اذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك
لكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء قال اعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان
شاء اخذ قيمة ذلك الدنانير قالوا وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد واما على
قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يكتفى بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس
بالفلسين عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبارا
لاصطلاح الكل فالكساد يجب ان يكون على هذا القياس ايضا انتهى وقال في صرف
قاضيخان اشترى بالفلوس قبل القبض وصارت لا تروج رواج الاثمان في عامة
البلدان تكون كاسدة وقول محمد اذا كانت لا تروج رواج الاثمان في بلدها تكون
كاسدة انتهى فاذا كسد بطل البيع عند ح لان الثمن هلك بالكساد لان غالب الغش
انما جعل ثمنا بالاصطلاح فاذا تركوا المعاملة به بطل الثمنية فبقي البيع بلا ثمن والعقد
انما يثبت وله بصفة الثمنية حتى انه ثبت دينا في الذمة لا بمجرد عينه حتى يبقى البيع ببقاء
عينه ولو بعد الكساد واذا بطل الثمنية بطل ركن البيع فيبطل البيع لان الكل ينعدم
بانعدام جزئه كما لو هلك المبيع قبل القبض فان قيل لو اشترى بالرطب فانقطع
لا يبطل البيع فكذا فيما نحن فيه قلنا ان الرطب يرجو الوصول في العام الثاني غالبا
ولم يكن هلاكا من كل وجه فلم يبطل لكنه يتخير بين الفسخ والصبر الى ان يحصل اما
الكساد فيما نحن فيه فهلاك للثمنية على وجه لا يرجى الوصول اليها في ثاني الحال
لان الكساد اصلي والشيء اذا رجع الى اصله قلما ينتقل عنه ثم اذا بطل البيع عنده فان
لم يكن المبيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وان كان مقبوضا فان كان قائما
وجب رده بعينه وان كان هالكا او مستهلكا فان كان مثليا وجب رد مثله
وان كان قيميا وجب رد قيمته كما في البيوع الفاسدة قيده بالكساد وحكم الانقطاع
عن ايدي الناس كذلك وحد الانقطاع على ما في الزيلعي ان لا يوجد في السوق
وان كان موجودا في ايدي الصيارفة في البيوت بقي حكم انتقاص الثمن بلا انقطاع

ولا كساد ففي الفصل الثالث عشر من بيوع الخلاصة اشترى شيئا بدراهم نقد البلد
فلم ينقد حتى تغير الثمن ان كان لا يروج في السوق فسد البيع وان كان يروج لكن انتقص
لا ينتقض البيع وليس للبايع الا ذلك الثمن انتهى وهكذا في البزازية ايضا وقالا
لا يبطل لان العقد قد صح الا انه تعذر بالكساد وذلك لا يوجب الفساد فبقي
صحيحا واذا بقي صحيحا عندهما يجب قيمته يوم البيع عند ابي يوسف لانه مضمون عليه
بالبيع فيصير من يوم وقع البيع فيه وعليه الفتوى على ما في اخر الفصل الخامس
من بيوع التاتارخانية وفي البحر نقلا عن الذخيرة والفتوى على قول ابي يوسف
وآخر ما تقوم به عند محمد اي يجب قيمته يوم وقع الكساد فيه لانه انتقل الحق
منه الى القيمة في ذلك اليوم وفي قاضيخان وعليه الفتوى وفي البحر نقلا عن
المحيط والتتمة والحقايق يعني بقول محمد رفقا للناس وفي زماننا هذا افتى شيخ
الاسلام فيض الله بن سعيد بقول ابي يوسف وهكذا افتينا بقوله ايضا هذا في
الكساد قبل نقد الثمن ولو نقد بعض الثمن فكسد قبل نقد البعض الاخر فهل الحكم
فيه ايضا كذلك ففي قاضيخان اذا اشترى بالدراهم الرايجة شيئا وقد نقد بعض
الثمن ثم كسدت فسد العقد بقدر ما لم ينقد في قول ابي ح لان هذا فساد طارد
بمنزلة الهلاك ويتقدر بقدره ولا يبطل على قولهما اصلا وما لا يروج منه اي من
المغشوش يتعين في العقود بالتعيين لانها سلعة كالرصاص والستوقة فيتعين
بالتعيين كساير السلع فاذا كانت سلعة فاذا اشترى بها شيئا فما الحكم فيها في
قاضيخان ولو اشترى شيئا بالدراهم الكاسدة فان كانت الدراهم بعينها جاز
لانها بعد الكساد صارت سلعة وان لم يكن بعينها قالوا لا يجوز البيع قال مولانا
ينبغي ان يجوز لانها ان كان بعد الكساد يباع وزنا فقد باع موزونا في الذمة
وان كانت تباع عددا فقد باع بعددي في الذمة عددا معلوما انتهى فعلم منه
حال ما لا يروج ابتداء ثم اذا اشترى بها شيئا فهلك قبل التسليم بطل العقد لانه تعلق
بعينه وعينه قد هلك لكنه انما يبطل ان علم المتعاقدان حال الدراهم انها لا تروج
ويعلم كل واحد منهما ايضا ان صاحبه يعلم وان لم يعلما او لم يعلم احدهما او علما
ولكن لا يعلم كل منهما ان صاحبه يعلم فان البيع ح يتعلق بالدراهم الرايجة في ذلك

البلد الذي عليها معاملات الناس دون المشار اليه كذا في العناية وان كانت الدراهم
مما يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا
ان علم البايع خاصة لانه رضي بجنس الزيوف وان لم يعلم تعلق العقد بجنسها من
الجياد لعدم الرضاء منه بالزيوف والمتساوي الغش كمغلوبه في التبايع والاستقراض
حتى لا يجوز البيع به ولا الاقراض الا بالوزن بمنزلة الدراهم الردية لان الفضة فيه
موجودة حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب اعتبارها بالوزن شرعا الا ان يشير اليها
في المبايعة فيكون بيانا لقدرها ووصفها كما لو اشار الى الدراهم الجيدة ولا يبطل
العقد بهلاكه قبل التسليم لانه ثمن ويعطي مثله قوله كمغلوبه احتراز عن غالب غشه
لانه في حكم العروض على ما تقدم انفا وكذا في الصرف اي كمغلوب الغش في حق
الصرف ايضا لان فضته لما لم تصر مغلوبة جعلت كان كلها فضة في حق الصرف
احتياطا على ما في الزيلعي وقيل كغالبه اي غالب غشه حتى اذا باعه بجنسه جاز
على وجه الاعتبار كذا في البحر ولو باعه بالفضة الخالصة لا يجوز حتى يكون الخالص
اكثر مما فيه من الفضة لانه لا غلبة لاحدهما على الاخر فيجب اعتبارهما والمص اشار
بتقديم القول الاول الى انه المختار عنده وهو المختار عند قاضيخان ايضا حيث قال
في كتاب الصرف ان كان نصفها صفرا ونصفها فضة لا يجوز فيها التفاضل
اي فيما اذا بيع بجنسها وصاحب الكنز احتياطا بقول الثاني ويجوز البيع بالفلوس
النافقة اي الرايجة حالة العقد وانما جاز البيع بها لانها مال معلوم يصلح ثمنا بالاصطلاح
وان لم تتعين هكذا وقع في لفظ القدوري والهداية والكنز قلت الاولى حذف
هذا اللفظ لانه يشعر قبول الثمن للتعيين على ما هو مقتضى ان الوصلية مع ان الاثمان
مطلقا لا يقبل التعيين قال ابو الحسن الكرخي قال ابو ح وابو يوسف ومحمد الفلوس
النافقة والدراهم والدنانير اثمان الاشياء لا تتعين في البيع وان شرط المتبايعان
اعيانها ويكون ما اوجب كل واحد منهما في العقد على نفسه دينا في ذمته ولا يجبر
كل واحد منهما ان يسلم ما شرط من العين ان شاء اعطى العين وان شاء اعطى مثلها
وليس للمشتري منه ان يجبره على تسليم العين اليه والخيار في ذلك الى البايع
دون المشتري وقال القدوري في شرحه وذلك لان الفلوس النافقة لا فائدة

في تعينها فصارت كالدراهم والدنانير واذا لم تتعين فالعاقد بالخيار ان شاء سلم ما
اشار اليه وان شاء سلم غيره وان هلكت لم ينفسخ العقد بهلاكه لانه لم يقع عليها فله ان
يعطي مثله كذا في غاية البيان قلت والذي ظهر من كلام الكرخي والقدوري ان الفلوس
النافقة لا تتعين في العقود اصلا وان صرحا بتعينها كما في الدراهم والدنانير ويؤيده
ما ذكر في البحر الفلوس النافقة صارت اثمانا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجبت
في الذمة كالنقدين ولا تتعين وان عينها كالنقد الا اذا قالا اردنا تعليق الحكم
بعينها فيتعلق العقد بعينها بخلاف ما اذا باع فلسا بفلسين باعيانهما حيث تتعين
من غير تصريح لانه لو لم تتعين لفسد البيع وهذا على قولهما واما على قول محمد لا تتعين
وان صرحا واصله ان اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده
وعندهما يبطل في حقهما انتهى وان كسدت الفلوس النافقة بعد العقد قبل النقد
فالخلاف فيها كما في كساد المغشوش من الدراهم قبل نقدها فعند الامام بطل البيع وعندهما
لا يبطل على ما تفهم هكذا ذكر الخلاف في القدوري والهداية وسكت عنه في المبسوط
وشرح الطحاوي ومن سكوتهما ظن بعض المتاخرين انه لا خلاف في هذه المسئلة بينهم
في بطلان العقد بعد الكساد والسكوت عن ذكر الخلاف لا يدل على الاتفاق
ونقل عن الاسرار انه اذا اشترى شيئا بفلوس نافقة في الذمة فكسدت قبل القبض
بطل الشراء عندنا وقال زفر لا يبطل لانه ليس بحسب الكساد الا العجز عن تسليمه
والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البدل كما لو ابق العبد وكما لو اسلم في الرطب فانقطع
اوانه انتهى ولا يخفى عليك ان قوله عندنا وان دل على الاتفاق لكن دليل زفر بعينه
لانه بعينه هو دليل الامامين في كساد الدراهم المغشوشة على ما مر ولو استقرضها
اي الفلوس النافقة فكسدت يرد مثلها عند الامام لان استقراضها اعارة كما ان
اعارتها قرض وموجب كونها استقراضا رد العين معنى وهو المثل وموجب كونها
اعارة رد العين حقيقة لكن لما كان قرضا والانتفاع به انما يكون باتلاف عينه
فان رد عينها حقيقة فيجب رد عينه معنى ويجعل بمعنى العين حقيقة لئلا يلزم
مبادلة الشيء بجنسه نسيئة فان قيل كيف يكون المثل بمعنى العين وقد فاتت الثمنية
وانما كان بمعنى العين ان لو رد مثله حال كونه نافقا اجيب بان الثمنية فضل في القرض

فيجوز

فيجوز ان ينفك عنها ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الامثال ولهذا
جاز الاستقراض في كل مكيل وموزون وعددي متقارب ولا ثمنية فيها
وبالكساد لم يخرج عن كونه من ذوات الامثال بخلاف البيع لان الفلوس
انما تدخل في البيع بصفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد كذا في العناية
قال وتحقيقه ان المثل المجرد عن الثمنية اقرب الى العين من القيمة فلا يصار
اليها ما دام ممكنا الدائن اذا استد من غريمه زيوفا فانفقها ثم علم انه زيوف
هل يرد مثل الزيوف فعلى شرح المجمع انه يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد
وفي القنية انه لا يرد ولا يرجع بشيء عند الامام ومحمد ويرد ويرجع بالجياد
عند ابي يوسف فعلم ان المسئلة خلافية وفي الكافي ان كان عينه باقيا
يرد بالاتفاق وان استهلك يرد مثله عندهما ويرجع بالجياد وعند
ابي يوسف يرد قيمتها يوم القرض وعند محمد يوم الكساد لانه لما بطل وصف
الثمنية تعذر ردها كما قبض وليس المثل المجرد عنها في معناها فيجب رد قيمتها
كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف قيمته يوم القبض لكونه
ايسر على الناس لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا يعرف الا بحرج
وعليه الفتوى على ما ذكرناه وعند محمد قيمته يوم الكساد لكونه انظر للجانبين
وعليه فتوى قاضيخان ولا يجوز البيع بغير الفلوس النافقة ما لم تتعين
لانها حينئذ تكون سلعة فلا بد من التعيين في العقود ومن اشترى بنصف درهم
فلوس صفة لنصف درهم او بدل منه او دانق وهو سدس الدرهم فلوس
صفة دانق او بدل منه او قيراط وهو نصف الدانق فلوس صفة قيراط
او بدل منه جاز البيع في كلها لكونها مالا معلومة عند الناس وقت العقد
وعليه اي على المشتري ما يباع بنصف درهم فضة او دانق فضة او قيراط فضة
منها اي من الفلوس وهذا تعلق لما يباع يعني على المشتري ان يدفع الى البائع من
الفلوس قدر ما يعطى في مقابلة نصف درهم او دانق او قيراط من الفضة
وفيه خلاف زفر قال لا يجوز البيع في الكل لانه اشترى بالفلوس والفلوس
يعتبر بالعدد ويقدر به لا بالدرهم والدانق والقيراط فاذا لم يبين عدد الفلوس

كان مجهولا فلا يجوز ولان العقد وقع على الدانق والدرهم والقيراط ثم شرط بقائه
من الفلوس يكون شرط صفقة في صفقة فلا يجوز قلنا ان كلامنا فيما اذا كان
ما يباع بنصف درهم او بدانق من الفلوس معلوما عند الناس بان يكون الدرهم
او الدانق او القيراط عبارة عن قدر من الفلوس كما يكون كذلك في بعض
البلاد فاذا كان قدر الفلوس معلوما كان كانه صرح بقدرها فجاز لعدم
الجهالة ولا نسلم ان العقد وقع على الدانق والدرهم بل وقع على الفلوس لانه اصطلحه
بلفظ الفلوس والفلوس يستعمل في الكسور صونا للدراهم عن الكسر وذكر
الدرهم لتقدير الفلوس الواجب بالعقد بخلاف ما اذا اشترى بدرهم فلوس
لان الفلوس لا تستعمل مكان الدرهم فكان العقد واقعا على الدرهم ثم يشترط
ابقائه من الفلوس شرط صفقة في صفقة فلا يجوز كذا في العناية نقلا عن
اشارات الاسرار ثم قال نقلا عن المختلف ولو اشترى شيئا بدرهم فلوس يجوز
عند ابي يوسف وعند محمد انه لا يجوز لانه لا تعامل فيه بخلاف دانق فلوس
فان فيه تعاملا ولابي يوسف انه باع بثمن معلوم فصار كدانق فلوس قال
مشايخنا قول ابي يوسف اصح انتهى فما ذكره عن اشارات الاسرار انما يستقيم على قول
محمد لا على قول ابي يوسف كما تراه ولو دفع الى صيرفي درهما كبيرا وقال اعطني
بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا اي درهما صغيرا وزنه نصف درهم كبير كذا
فسره في العناية الا حبة فسد البيع في الكل عند ابي حنيفة لاتحاد الصفقة وقوة
الفساد في حصة الفضة لكونه مجمعا عليه فيشيع في الكل كما اذا جمع بين حر
وعبد وباعهما صفقة واحدة على ما مر في باب البيع الفاسد وعندهما صح في
الفلوس وفسد فيما بقي لانه قابل نصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز
وقابل النصف بنصف الا حبة وهو ربوا فلا يجوز ولو كرر اعطني بان قال
اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة صح في الفلوس اتفاقا
لانه عقدان وفساد احدهما لا يوجب فساد الآخر كما لو قال بعني بنصف هذه
الالف عبدا وبعني بنصفها دنا من الخمر فان البيع في العبد صحيح وفي الخمر فاسد
ولم يشع الفساد لتفرق الصفقة وحكي عن ابي جعفر الهندواني وشيخ الاسلام

ان العقد لا يصح هنا ايضا وان كرر لفظ الاعطاء لاتحاد الصفقة فان اعطني مساومة
وتكرارها لا يكرر البيع لان بذكر المساومة لا ينعقد البيع فان من قال بعني
فقال بعت لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر اشتريت واذا كان لا ينعقد بذكر
المساومة فكيف يتكرر بتكرارها والاول اصح لان ذلك صار معلوما المراد في
انه ايجاب فاذا وجد القبول ينعقد العقد ولو قال اعطني به نصف درهم فلوس
ونصفا الا حبة والفرق بينه وبين ما تقدم انه لم يكرر لفظة بنصفه بل
قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة صح في الكل
والنصف الا حبة يقابل بمثله والفلوس يقابل بالباقي فكانه قال اعطني بهذا
الدرهم المعلوم قدره كذا وكذا فلوسا ونصف درهم الا حبة ولو صرح بهذا
اللفظ يجوز فكذا هذا هذا آخر انواع البيوع **كتاب الكفالة** عقب البيوع بذكر
الكفالة لانها تكون في البياعات غالبا ولانها اذا كانت بامر كان فيها معنى
المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة ثم الكفالة في
اللغة هو الضم مطلقا وفي عرف الشرع هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا
في الدين وهو الاصح اختلفوا في معناها الشرعي قال اكثر مشايخنا ضم ذمة الى
ذمة في المطالبة وقال بعضهم وهو مذهب الشافعي انها ضم ذمة الى ذمة في
الدين قالوا والاول اصح واختاره المص واستدلوا عليه بان الكفالة كما تصح
بالمال تصح ايضا بالنفس ولا دين ثمه وثانيها لو كانت عبارة عن ضم الذمة الى
الذمة في الدين لزم ان يكون الدين الواحد دينين لان الالف المكفول به مثلا
بعد الكفالة باق على ذمة الاصيل كما كان ولو ثبت الدين مع هذا في ذمة الكفيل
ايضا كان الالف الواحد الفين واللازم باطل فكذا الملزوم فان قيل ان من
ضرورة ثبوت المطالبة في ذمة الكفيل ثبوت الدين ايضا والا فيلزم طلب
المعدوم لجيب بمنع الملازمة مستندا بان الوكيل بالشراء يطالب بالثمن واصل
الثمن على الموكل لا على الوكيل فكذا هنا وفي المبسوط ذكر هذين القولين ولم يرجح
احدهما ودفع ما يظن مانعا على القول الثاني من لزوم صيرورة الدين الواحد
دينين حيث قال انه لا مانع لانه لا يستوفي الا من احدهما كالغاصب مع غاصب

الغاصب فان كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي
الا من احدهما واختياره تضمين احدهما يوجب براءة الاخر فكذا هنا لكن هنا بالقبض
لا بمجرد اختياره ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل انه لو وهب للكفيل صح ويرجع
الكفيل به على الاصيل مع ان هبة الدين من غير من عليه الدين لا يصح والحاصل ان
ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز ان يعتبر الشيء الواحد
في ذمتين وانما يمتنع ذلك في عين تثبت في زمان واحد في ظرفين حقيقيين
ولكن المختار هو القول الاول لان اعتبار الدين في ذمتين وان امكن شرعا
لكنه لا يجب الحكم بوقوع كل الا بموجب ولا موجب هنا لان الغرض من الكفالة
هو التوثق وقد حصل ذلك بثبوت حق المطالبة بلا ثبوت الدين في ذمة
الكفيل هذا حده شرعا واما ركنه قالوا هو الايجاب والقبول بالفاظ الكفالة
التي ياتي ذكرها ولم يجعل ابو يوسف في قوله الاخير القبول ركنا فجعلها تتم
بقول الكفيل وحده في المال والنفس على ما سيظهر لك من كلامه ثم اختلفوا
على قول ابي يوسف قيل تتوقف على اجازة الطالب وقيل تنفذ وللطالب
الرد واختلف في ان كتبة الكفالة في الخط بلا تلفظ هل هي كفالة ام لا
ففي اول كفالة القنية قال لاخر تكفل عني بما علي من الدين فقال فليكتب وكتب
في القبالة انا تكفلت لفلان بن فلان بهذا القدر المذكور في هذه القبالة
ولم يتلفظ بها ليس للدائن ان يطالبه بها ولا يصح هذه الكفالة وان قبل
الدائن الخط ولو اشهد على نفسه في الصورة الاولى لا يصح ايضا بعض
كتبة الكفالة في الخط بعد ما طلب الدائن كفالته كفالة وان لم يتلفظ
انتهى واما شرطه ففي اربعة انواع في الكفيل والاصيل والطالب
والمكفول به ثم منها ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ اما
شرائط الكفيل فالعقل والبلوغ وهما شرطان للانعقاد فلا تنعقد كفالة
مجنون وصبي والحرية ايضا وهي شرط للنفاذ فان كفالة العبد تنعقد
ولا تنفذ بل يطالب بها بعد العتق على ما صرح به في الخلاصة وقال في
الفصولين ان كفالة القن باذن المولى يجوز ويؤخذ القن بها في الرق وبعد عتقه

انتهى

انتهى ومعنى يجوز تنفذ فدل بتقييده بالاذن ان كفالته بغير اذن المولى لا تنفذ بل
يتوقف الى ما بعد العتق كما في الخلاصة وقال في البزازية ان العبد ان كفل بمال
ضمن المولى الاقل من قيمته ومن الدين والطالب ان شاء يتبع المولى وان شاء
يتبع العبد واذا ادى احدهما يرجع على الاصيل هذا في الكفالة بالمال واما
لو كفل العبد بالنفس ثم اعتقه مولاه لم يضمن شيئا انتهى وقال في البحر لا ينعقد
كفالة الصبي الا اذا استدان الولي او الصبي دينا في نفقته وامره بان يضمن
المال عنه فانه صحيح ولو امره بكفالة نفسه عنه لم يجز لان ضمان الدين قد (لزمه)
من غير شرط فالشرط لا يزيده الا تاكيدا فلم يكن متبرعا واما ضمان النفس
وهو تسليم نفس الاب او الوصي فلم يكن عليه فكان متبرعا به فلم يجز ولو اقر الصبي
بعد بلوغه بالكفالة حال الصبا لا يصح اقراره كما لا يصح اقرار المغمى عليه بعد
افاقته انه كفل حال اغماه كما في البزازية ولو وقع الاختلاف بين الصبي
بعد البلوغ وبين الطالب فقال الطالب كفلت وانت رجل وقال الصبي كفلت
وانا صبي فالقول قول الصبي ولو قال كفلت وانا مجنون او مغمى عليه او مبرسم
وانكر الطالب وقال كفلت وانت صحيح ان كان ذلك معهودا من المقر فالقول
قول المقر وان لم يكن معهودا فالقول للطالب كذا في التاتارخانية وقال في البحر
والحرية شرط نفاذها فلم تنفذ كفالة العبد ولو كان مأذونا له في التجارة
ويؤاخذ بها بعد العتق بخلاف الصبي فانه لا يؤاخذ بها بعد البلوغ لعدم
انعقادها الا ان كفل لدين نفقته بامر الاب او الوصي وان اذن المولى
لعبده في الكفالة فان كان مديونا لم يجز والا جازت وبيع فيها الا ان يفديه
ولم يجز كفالة المكاتب عن اجنبي ولو اذن مولاه ويطالب بها بعد عتقه ويصح
كفالة المكاتب والمأذون عن مولاهما انتهى ومنه علم ان كلام الفصولين
يحتاج الى التقييد واما شرائط الاصيل فامران احدهما ان يكون قادرا على
تسليم المكفول به بنفسه او بنائبه فلم تصح الكفالة عن ميت مفلس الثاني
ان يكون معلوما فلو كفل بمال على واحد لم تصح لعدم كون الواحد معلوما
ولا يشترط ان يكون الاصيل حرا عاقلا بالغا واما شرائط المكفول له فامران

ايضا احدهما ان يكون معلوما والثاني ان يكون موجودا في مجلس العقد وهو شرط الانعقاد
ويتفرع عليه ما ذكر في الخلاصة نقلا عن الاصل اذا كفل رجل لرجل والمكفول له
غائب فهو باطل وقال ابو يوسف اخرا هو جائز واجمعوا انه اذا قال بطريق
الاخبار جاز ولو كان المكفول عنه غائبا والطالب حاضر فاجاز الطالب جاز
فان قال الطالب انه اخرج الكلام مخرج الاخبار وصح الكفالة وقال الكفيل لا بل
انشأت فالقول قول الطالب انتهى قوله وقال ابو يوسف اجازه بناء على ما تقدم
من ان الكفالة تنعقد عنده بالايجاب بدون القبول واما شرائط المكفول به
فان يكون مضمونا على الاصيل دينا او عينا او نفسا او فعلا وان يكون مقدور
التسليم من الكفيل وان يكون لازما وهو خاص بالكفالة بالمال فالمص اشار الى
شرائط الكفيل بقوله ولا تصح اي الكفالة الا ممن يملك التبرع وهو الحر العاقل البالغ
فان العبد والمجنون لا يملك التبرع فلا تصح كفالتهم على ما تقدم تفصيله وهل يصح
كفالة المريض ففي البحر لا يشترط ان يكون الكفيل صحيحا فتصح كفالة المريض
لكن من الثلث لانها تبرع وتبرع المريض لا ينفذ فيما زاد على الثلث ولما ذكر تعريف
الكفالة وشرط الكفيل شرع في بيان نوع الكفالة فقال وهي اي الكفالة ضربان
احدهما كفالة بالنفس والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا يجوز
الكفالة بالنفس لانه لا يقدر على تسليمه لعدم انقياده له ولنا اطلاق قوله
عم الزعيم غارم والكفيل بالنفس غارم ايضا لان الغرم ينبئ عن لزوم ما يضر
وهو يتضرر باحضار المكفول به وعدم قدرته على التسليم مم لان قدرة كل شيء
بحسبه وهو يقدر على ان يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبين او يستعين
باعوان القاضي وهل يجبر باعطاء الكفيل بالنفس او لا يجبر فيه تفصيل سياتي
بيانه والثاني كفالة بالمال ثم شرع في بيان كل من الضربين فقال والاولى تنعقد
بتكفلت بنفسه فانه يعبر به عن البدن حقيقة وفي هذا اللفظ اشارة الى
ما تقدم من ان الكفالة تتم بقول الكفيل وحده بلا حاجة الى قبول الخصم عند ابي يوسف
او برقبته فانه يعبر به عن البدن ايضا عرفا ونحوهما مما يعبر به عن البدن
حقيقة نحو بجسده او ببدنه او عرفا نحو بوجهه او براسه او بعنقه او بجزء

شايع منه اي من البدن كنصفه او عشره او ثلثه لان النفس الواحدة في حق
الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شايعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت
بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بها عن البدن اصلا فلا تصح الكفالة بها كما لا يصح
الطلاق بها وبضمنته عطف على قوله بتكفلت وهذا لانه صريح او جب عقد الكفالة
وفيه اشارة الى ما قال في البحر عن الخانية من انه لو قال انا ضامن حتى يجتمعا
او يلتقيا لا يكون كفيلا لانه لم يبين المضمون انه نفس او مال انتهى او هو علي لانه
صيغة الالتزام وفي السراج الوهاج لو قال هو علي حتى يجتمعا او يلتقيا فهو جائز
لان قوله هو علي ضمان مضاف الى الغير وجعل الالتقاء غاية له وفي الخانية لو قال
هو علي حتى يجتمعا فهو كفيل الى الغاية التي ذكرها انتهى او الي لانه في معنى علي
في هذا الباب على ما ورد في الحديث وانا زعيم لان الزعامة هي الضمان
والكفالة او قبيل به لان القبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة لا بانا زعيم
او ضامن لمعرفته لانه التزام المعرفة دون المطالبة هذا على قول ابي ح وذكر
في المنتقى انه اذا قال انا ضامن لك لمعرفة فلان فهو كفالة على قول ابي يوسف
وعليه معاملة الناس وقال الفقيه ابو الليث هذا القول من ابي يوسف غير مشهور
والظ ما روي عنهما وفي البحر عن خزانة الواقعات وبقولهما يفتى وصح اخذ
كفيلين او اكثر جملة او على التعاقب لان موجب هذه الكفالة التزام المطالبة
وهي متعددة والمقصود منها زيادة توثق وبالثانية يزداد التوثق فيجوز واذا سلم
احد الكفيلين نفس الاصيل برآ معا ويجب فيه اي في الكفالة بالنفس
والتذكير باعتبار العقد احضار المكفول به في مكان يقدر ان يخاصمه
مثل ان يكون في مصر اذا طلبه المكفول له لانه التزام فيجب فيه الايفاء كما التزم
فاذا سلمه برئ عن المطالبة لانه ما التزم الا تسليمه مرة وقد حصل ذلك
وانما وجب في مكان يقدر ان يخاصمه المكفول له لان المقصود بالكفالة بالنفس
هو المحاكمة عند القاضي وذلك لا يحصل الا بمثل ذلك المكان فان لم يحضره
بعد الطلب مع قدرته على الاحضار في ذلك المكان حبسه الوكيل الكفيل لامتناعه
عما وجب عليه مع قدرته واما اذا عجز عن الاحضار فاما ان يعلم مكانه او لا

فان كان الاول امهله مدة ذهابه وايابه وان كان الثاني لا يطالب به على ما سياتي
واعلم انه لا يلزم احدا احضار احد ولا يجبر عليه الا في مسائل الاول الكفيل بالنفس
عند القدرة الثاني الاب اذا امر اجنبيا بضمان ابنه فطلبه الضامن منه فعلى الاب
احضار ابنه لكونه في تدبيره الثالث سجان القاضي خلى رجلا من المسجونين حبسه
القاضي بدين عليه فلرب الدين ان يطلب السجان باحضاره الرابع ادعى الاب
مهر بنته على الزوج فادعى الزوج انه دخل بها وطلب من الاب احضارها فان كانت
تخرج في حوايجها امر القاضي الاب باحضارها وكذا لو ادعى الزوج عليها شيئا
اخر والا ارسل اليها امينا من امنائه كذا في كفالة الاشباه وان عين وقت
تسليمه لزمه ذلك اي احضاره وتسليمه فيه اي في ذلك الوقت اذا طلبه وليس
له ان يطالبه قبل ذلك الوقت فان سلمه قبل ذلك الوقت برئ الكفيل عن المطالبة
لحصول الحق لكن هذا اذا سلمه في مكان يقدر ان يخاصمه عند القاضي والا فلا
هذا اشارة الى بيان الكفالة المقيدة بالوقت وذكرها في الخلاصة وقال ولو كفل
بنفس فلان الى شهر ثم دفعه اليه قبل الشهر برئ وان ابى المكفول له ان يقبله
هكذا ذكره الحاكم والامام السرخسي ولم يتعرضا الى ما بعد الشهر وقال في شرح
الشافي يجب عليه تسليمه بعد الشهر كمن باع شيئا بثمن مؤجل الى شهر وفي النوازل
سئل الفقيه ابو جعفر عن رجل كفل بنفس رجل الى ثلاثة ايام فمضت ثلاثة
ايام هل يبرأ من الكفالة قال لا يبرأ وانما ثلاثة ايام لجل التاخير المطالبة وفي
السير الكبير لو كفل بنفس رجل الى شهر لم يبرأ بمضي شهر ما لم يسلم نفس الخصم اليه
فان قال على اني برئ من الكفالة بعد الشهر فعلى ما قال وفي الخانية رجل كفل
بنفس رجل الى ثلاثة ايام ذكر في الاصل انه يصير كفيلا بعد الايام الثلاثة
وجعل بمنزلة ما لو قال لامراته انت طالق الى ثلاثة ايام فان الطلاق يقع
بعد ثلاثة ايام وعن ابي يوسف انه يصير كفيلا في الحال وفي الطلاق يقع
الطلاق في الحال ايضا وقال الفقيه ابو جعفر يصير كفيلا في الحال قال
وذكر الايام الثلاثة لتاخير المطالبة الى ثلاثة ايام لا لتاخير الكفالة الا يرى
ان هذا الكفيل لو سلم نفس المكفول عنه قبل الايام الثلاثة يجبر الطالب على القبول

وما

وما ذكر في الاصل انه يصير كفيلا بعد الايام الثلاثة اراد به انه يصير كفيلا مطالبا
بعد الايام وغيره من المشايخ اخذوا بظاهر الكتاب وقالوا لا يصير كفيلا في
الحال فاذا مضت الايام الثلاثة قبل تسليم النفس يصير كفيلا ابدا لا يخرج عن الكفالة
ما لم يسلم انتهى فان غاب المكفول به وعلم مكانه امهله الحاكم مدة ذهابه وايابه
ولو لحق بدار الحرب مرتدا ان بالدخول بها لا يسقط الكفالة وكونه في حكم الموتى
بعد الدخول بها انما هو في حق قسمة ماله بين ورثته لا في حق نفسه لانه
حي في حق نفسه حتى يطالب بالتوبة وتسليم النفس الى الخصم على ما في النهاية
والتبيين وعن الذخيرة انه اذا لحق بدار الحرب مرتدا ينظر ان كان الكفيل قادرا
على رده بان يكون بيننا وبينهم معاهدة ان من لحق بهم مرتدا يردونه الينا اذا
طلبناه يمهل الكفيل مدة ذهابه وايابه وان لم يكن قادرا لا يؤاخذ به كما في
الموت الحقيقي فان مضت ولم يحضره حبسه الحاكم لتحقق امتناعه وان غاب
ولم يعلم مكانه لا يطالب الكفيل به اي باحضاره الى ان يعرف مكانه هذا ان
دافعه الطالب على ذلك لتصادقهما على العجز عن التسليم في الحال وان لم يصدقه
فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب لا بل تعرفه فان كانت له خرجة معروفة
يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول للطالب يؤمر الكفيل بالذهاب
الى ذلك الموضع لان الظاهر شاهد له والقول لمن يشهد الظاهر له وان لم يكن ذلك
معروفا منه فالقول للكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل بالمكان وينكر
لزوم المطالبة اياه وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه الحاكم الى ان يظهر
عجزه وعليه عمل القضاة اليوم لان المطالبة توجهت عليه فلا يصدق على
اسقاطها عن نفسه بمجرد قوله ولم يذكر الكفالة المقيدة بوقت وتبطل اي الكفالة
بالنفس بموت الكفيل لعجزه عن التسليم فان قيل فليؤد وارثه الدين عن تركته ولم تبطل
الكفالة كما في الكفالة بالمال لان الكفيل بالمال اذا مات لا تبطل الكفالة بل تبقى
حتى يطالب ورثته بها لان حكمها بعد موته ممكن بان يوفي الورثة من ماله
ثم ترجع الى الاصل ان كانت بامره وكان الدين حالا وان مؤجلا فلا رجوع
لهم قبل حلول الاجل كذا في البحر وقال في الحاوي القدسي وان مات الكفيل

بالدين المؤجل حل الدين في ماله ولورثته الرجوع على اصيله الاصيل الى اجله وكذا ان مات
المكفول عنه والكفيل حي فان مات الطالب فهو على الكفيل والاصيل كما كان انتهى وفيه
ايضا ان بطلان الكفالة بالنفس بموت الكفيل هو مختار صاحب الهداية ومن تبعه
وقال الكرخي انها لا تبطل بموت الكفيل كما في الكفالة بالمال ويطالب وارثه باحضاره
عزاه الى السراج الوهاج وبموت المكفول به لعجزه عن التسليم ايضا ولو وصلية عبدا
وفي البحر نقلا عن الخلاصة لو كفل بنفس عبد فمات العبد برئ الكفيل ان كان المدعى به
المال على العبد وان كان المدعى به نفس العبد لا يبرأ ويضمن قيمته انتهى وهكذا في
البزازية واشار باقتصار بطلانها على موت الكفيل والمكفول به الى انها لا تبطل
بابراء الاصيل على ما صرح به في البحر وايده بما في اوائل كفالة البزازية كفل
بنفس ثم اقر الطالب انه لا حق له قبل المكفول به له ان يأخذ الكفيل بتسليمه
ولا يبرأ ولو قال الطالب لا حق لي قبل المكفول به لا من جهته ولا من جهة غيره
ولا بوكالة ولا بوصاية ولا بولاية برئ من الكفالة انتهى فقولهم براءة الاصيل
توجب براءة الكفيل انما هو في الكفالة بالمال دون موت المكفول له اي الطالب
بل يطالب الكفيل وارثه او وصيه لقيام كل منهما مقام الميت في الدعوى وفيه اشارة
الى ان الوارث مقدم على الوصي في المطالبة اذا اجتمعا والصحيح ان الوصي يقدم
على الوارث كما في الهداية ويبرأ الكفيل اذا سلمه حيث يمكن المكفول له مخاصمته عند
القاضي كموضع وجد فيه القاضي وان وصلية لم يقل الكفيل اذا دفعته اليك
فانا برئ لان موجب هذه الكفالة البراءة عند التسليم وقد وجد ذلك والنص
على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط كثبوت الملك بالشراء ولا يشترط ايضا
قبول الطالب تسليمه كما في قضاء الدين والا لربما امتنع الطالب عن القبول
فيتضرر به الكفيل وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله عطف على قوله اذا سلمه اي
ويبرأ الكفيل بتسليم وكيله او رسوله المكفول به الى الطالب لقيامهما مقامه وهل
يبرأ بالتسليم الى وكيل الطالب ففي البحر انه يبرأ بالتسليم اليه ان كان وكيلا يأخذ
الكفيل من المطلوب وفي الخلاصة القاضي اذا اخذ كفيلا من المدعى عليه بنفسه
بامر الكفيل اولا بامره فالكفيل اذا سلمه الى القاضي او الى رسوله برئ وان سلمه الى

المدعي لا وهذا اذا لم يضف الكفالة الى المدعي وان اضاف اليه بان قال اكفل للمدعي
فالجواب على العكس انتهى وقال في البزازية هنا اخذ القاضي من المدعى عليه كفيلا
بنفسه بامر المدعي اولا بامره فالكفيل اذا سلمه الى القاضي برئ الى اخر ما في
الخلاصة ولا يخفى عليك ان اضافة الامر الى المدعي في عبارة البزازية من
قبيل اضافة المصدر الى الفاعل اي بطلب المدعي الكفيل من المدعى عليه وفي
عبارة الخلاصة من قبيل الاضافة الى المفعول اي بامر المدعى عليه الكفيل
وبتسليم المكفول به نفسه من كفالته بان قال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان
لحصول مقصود الطالب برئ الكفيل وان سكت ولم يقل قبلت لم يبرأ على ما في
قاضيخان بخلاف ما اذا سلمه الكفيل فانه يبرأ قبل الطالب اولا وبخلاف ما
اذا لم يصرح الاجنبي عند الدفع عن كفالة فلان فانه لا يبرأ لعدم حصول
المقصود من جهة الكفيل فان شرط تسليمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق
قالوا يبرأ لحصول الحق وهو القدرة على المخاصمة عند القاضي والمختار في زماننا
لا يبرأ قاله الامام السرخسي نقلا عن المتاخرين وهذا لان الظاهر في زماننا المعاونة
على الامتناع لغلبة الفسق والفساد لا على الاحضار فالتقييد بمجلس القاضي مفيد
وان سلمه في مصر اخر اي لو شرط ان سلمه اليه في مصر فسلمه في مصر اخر
لا يبرأ عندهما لانه قد يكون شهوده فيما عينه من المصر فلا يكون التسليم في
مصر اخر مفيدا ويبرأ عند الامام للقدرة على المخاصمة واجيب عن قولهما بان
شهوده كما يتوهم ان يكون في المصر الذي شرطه يتوهم ايضا ان يكون فيما سلمه
فتعارض الموهومان فتساقطا وبقي التسليم من الكفيل على الوجه الذي التزمه فيبرأ
وهذا لان المعتبر تمكنه من ان يحضر مجلس القاضي اما ليثبت الحق او يأخذ منه كفيلا
وقد حصل ذلك وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والذي فهم من تقديم قول
الامامين ترجيحه على ما اورده لكنه قدم في الخلاصة قول الامام الجح على
قولهما وقال في البحر برئ عند الجح ان كان في ذلك المصر سلطان او قاض
وكانت الكفالة غير مقيدة بمصر والا فلا يبرأ بالاتفاق وفي فتح القدير
قولهما اوجه وان سلمه في برية او في سواد لا يبرأ اي لو شرط ان يسلمه في مصر

فسلمه في برية ليس فيه قاض ولا والي او سلمه في سواد اي في قرية ليس فيها قاض ولا والي لا يبرا لعدم حصول الحق وهو القدرة على المحاكمة اذ لا قاضي ثمة وكذا اي لا يبرا ان سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لعدم القدرة على المحاكمة فيه ايضا وفي العناية نقلا عن الواقعات رجل كفل بنفس رجل محبوس فلم يقدر على اتيانه لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره ولو كفل به وهو مطلق غير محبوس ثم حبس حبس الكفيل حتى ياتي به لانه حال ما كفل به قادر على الاتيان وفي الخلاصة نقلا عن المنتقى رجل كفل بنفس محبوس ينبغي للقاضي ان يخرجه حتى يدفعه الكفيل الى المكفول له ثم يعيده الى السجن وفي العيون لو ضمن للاخر بنفس رجل وحبس المطلوب في السجن فسلمه لا يبرا ولو ضمنه وهو في الحبس فسلمه يبرا ولو خلي عن الحبس ثم حبس ثانيا فدفعه اليه وهو في الحبس ان كان الحبس الثاني في امور التجارة ونحوها صح الدفع وان كان في امر من امور السلطان لا يبرا حبس الطالب المطلوب ثم طالب الكفيل به فدفعه وهو في حبسه قال محمد برئ ولو قال المطلوب دفعت اليك نفسي عن كفالة فلان وهو في حبسه جاز وبرئ انتهى وان كفل بنفسه على انه ان لم يواف به غدا فهو ضامن لما عليه اي من المال قيده به لانه لو لم يقل ما عليه لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول محمد خلافا لهما كذا في العناية فلم يواف به غدا لزمه ما عليه بمضي الغد لان الكفالة بالمال في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة وهو تعليق بشرط متعارف فيكون صحيحا فاذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال وان وصلية مات اي المكفول عنه اي المطلوب يعني لزمه المال بعدم الموافاة ولو كان عدم الموافاة بعد موت المكفول عنه فان قيل شرط وجوب المال عليه عدم موافاة مستحق عليه وبموت المطلوب بطل الكفالة بالنفس على ما تقدم واذا بطلت الكفالة بالنفس بطل ما يترتب عليها من كفالة المال لانها تابعة لها فكيف يلزمه المال بعدم موافاته بعد ما برئ عنه ببطلان الكفالة بموت المكفول عنه كما اذا اراد الطالب عن الكفالة بالنفس سقط عنه الكفالة بالمال ايضا اجيب عنه بان الابراء وضع للفسخ فتنفسخ به الكفالة بالنفس من كل وجه والموت لم يوضع للفسخ وانما برئ

لعجزه عن التسليم المستحق بالكفالة لان المستحق عليه تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عنه فكان ضروريا فيتقدر بقدرها فيبرا عن التسليم ولا ضرورة الى انفساخه في حق الكفالة بالمال والحاصل ان بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس في حق تسليمه الى الطالب للضرورة فيه لا في حق الكفالة بالمال لعدم الضرورة فيه وبهذا الجواب يندفع ما يتوهم من ان المراد بقوله ولم يواف به عدم الموافاة مع القدرة على الموافاة فان عجز عنها لا يلزمه المال وبموت المطلوب قد تحقق العجز فلا يلزمه المال ووجه الاندفاع ان العجز المتحقق بموت المطلوب هو العجز عن تسليم نفس المطلوب لا العجز عن المطلوب هكذا ذكر هذه المسئلة في البزازية حيث قال ان لم يواف به غدا فعليه ما عليه فمات المكفول عنه لزمه المال بمضي الغد انتهى ثم قال كفل بنفسه على انه متى طالبه سلمه اليه فان لم يسلمه فعليه ما عليه ومات المطلوب فطالبه بالتسليم وعجز عنه لا يلزم المال لان المطالبة بالتسليم بعد الموت لا تصح فاذا لم يصح المطالبة لم يتحقق العجز الموجب للزوم المال فلا يجب انتهى وفي البحر ان جنون المطلوب كموته فيما ذكر بخلاف موت الكفيل فانه بموته لم يتحقق شرط الكفالة المعلقة ههنا فان وارثه يقوم مقامه كموت الطالب ولو اختلفا فقال الكفيل وافيتك به وقال الطالب لم توافني به فالقول للطالب والمال لازم على الكفيل لان سبب وجوب المال التزام المال بالكفالة الا ان الموافاة شرط البراءة فلا يثبت بقول الكفيل كذا في الخانية وذكر في البزازية انه اذا علق المال بعدم الموافاة لا يصدق الكفيل على الموافاة الا بحجة وبيانه ما ذكر في نظم الفقه قال الكفيل دفعته اليك في اليوم المشروط وانكره الطالب فالامر على ما كان في الابتداء ولا يمين على واحد منهما لان كلا منهما مدع الكفيل البراءة والطالب الوجوب ولا يمين على المدعي عندنا انتهى ولا يبرا الكفيل بوجوب المال بالتكفل به عند وجود الشرط اعني عدم الموافاة من كفالة النفس لان الكفالة بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لا يبطل الا بما ينافيها من تسليم المطلوب او الابراء او موت الكفيل او الاصيل وليست الكفالة بالمال منافية لها لاجتماعهما معا ولان كلا منهما للتوثق فلا يبطل احدهما بالاخرى فان قيل انه لما بطل الكفالة بالنفس

بموت الاصيل اي المكفول عنه فكيف يصح القول له ولا يبرأ من كفالة النفس بعد قوله
لزمه ما عليه وان مات المكفول عنه قلنا قد تقدم ان الكفالة بالنفس ههنا انما تبطل
في حق تسليمه الى الطالب للضرورة فيه لا في حق لزوم المال فمعنى قوله ولا يبرأ من
كفالة النفس لا يبرأ في حق لزوم المال وان برئ في حق التسليم قال الشافعي الكفالتان
هنا كلاهما باطلتان اما الكفالة بالنفس فلما تقدم في اول الكتاب واما الكفالة بالمال
فلانها معلقة بالشرط وتعليق سبب وجوب المال بالشرط لا يجوز كالبيع لان
الشرط على خطر الوجود قلنا هذا قياس لكنا عملنا بالاستحسان لتعامل الناس
والعرف قاض على القياس ولانا لا نسلم انها تعليق سبب وجوب المال بالشرط لان
الكفالة عندنا التزام المطالبة لا التزام المال حتى يكون سببا له ولو سلم ولكن
الكفالة بالمال تشبه البيع انتهاء من حيث انها معاوضة حيث يرجع الكفيل على الاصيل
اذا كان بامره وتشبه النذر ابتداء من حيث انه التزام ابتداء فلشبهه بالبيع ينبغي
ان لا يجوز تعليقه بالشرط ولشبهه بالنذر يصح تعليقه بمطلق الشرط فقلنا
بجواز تعليقه بشرط متعارف دون غيره عملا بالشبهين والشرط المذكور شرط
متعارف ليس كهبوب الريح وامطار السماء ادعى على اخر مائة دينار بينها بانها
جيدة او ردية هندية او مصرية كذا في العناية اولم يبينها فكفل بنفسه رجل على
انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم فلو لم يواف به غدا بعد مطالبة الطالب
لزمه المال عند ابح وابي يوسف في رواية عنه خلافا لمحمد قال ان لم يبينها وكفل
به رجل ثم ادعى وبينها لا تقدر على مطالبة الكفيل ولا يلزمه المائة وله فيه طريقان
احدهما ان الكفيل علق مالا مطلقا بامر متردد وهو عدم الموافاة غدا فانه يحتمل
ان يكون وان لا يكون والكفالة على هذا الوجه لا تصح وان بينها لاحتمال انه لم يلتزم
المال الذي هو على المدعى عليه بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة بترك المدعى عليه
في الحال ويؤيده اطلاق المال عن النسبة فانه لم ينسبه الى ما عليه حيث لم يقل
المائة التي لك عليه وهذا الوجه منقول عن ابي منصور الماتريدي وهو كما ترى
يقتضي ان لا تصح الكفالة وان بين المال وبه صرح في الهداية والثاني ان الدعوى
بلا بيان غير صحيحة فلم يجب احضار النفس وح لا تصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما ينبني

عليها وهذا الوجه منقول عن الكرخي وهو يقتضي الصحة اذا كان المال معلوما عند الدعوى
ولهما ان المال ذكر معرفا لانه قال فعلي المائة فينصرف الى ما عليه وتكون النسبة
موجودة فخرج عن كونه رشوة فكان المال معلوما والدعوى صحيحة فصحت الكفالة
بالنفس والكفالة بالمال معا لان الثانية مبنية على الاولى وهذا في مقابلة الوجه
الاول لمحمد واما ما يقابل للوجه الثاني له فهو انه لا باس بعدم كون المال معلوما
عند الدعوى لان العادة جرت بالاجمال في الدعاوى في غير مجلس القضاء
دفعا لحيل الناس والخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فيصح الدعوى
على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فكانه اراد بالمائة المطلقة
في الابتداء المائة التي يدعيها وبينها في الاخرة فصحت الكفالة بالنفس والمال
جميعا وقال في الخلاصة واذا كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه
الف درهم ولم يقل الالف الذي عليه فمضى غد ولم يواف به وفلان يقول لا شيء
علي والطالب يدعي الف درهم والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل الف
درهم عند ابح وابي يوسف في قوله الاول وفي قوله الاخر وهو قول محمد لا شيء
عليه انتهى ولا يجبر على اعطاء كفيل بالنفس في حد وقصاص يعني ان من توجه
عليه الحد او القصاص اذا طلب منه كفيل بنفسه لاحضاره في مجلس القاضي
لاثبات الحد والقصاص عليه فامتنع عن اعطائه لا يجبر عليه عند ابي حنيفة
فان سمحت به نفسه اي تبرع باعطاء الكفيل عن نفسه من غير جبر عليه صح
اخذه بالاجماع لان تسليم نفسه مستحق عليه فتصح الكفالة به فان قيل انهم قد صرحوا
بعدم جواز اخذ الكفيل للحد والقصاص وسياتي في الكتاب ايضا مصرحا لعدم
امكان استيفائهما من الكفيل فكيف يصح القول انه يصح اخذ الكفيل بالنفس في حد
وقصاص وان لم يجبر على اعطائه وهل هذا الا تناقض قلنا ليس المراد بصحة اخذ
الكفيل بالنفس هنا الكفالة للحد والقصاص بل المراد به اخذ الكفيل لاحضار من
توجه عليه الحد والقصاص في مجلس القاضي لاثبات الحق عليه فلا منافات
وقالا يجبر اي يدور الطالب مع المطلوب ايما دار كيلا يتغيب فاذا انتهى الى باب داره
واراد الدخول يستاذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه وسكن حيث

سكن وان لم يأذن بالدخول يجلسه في باب داره وهذا معنى الجبر هنا على ما في
العناية والتبيين في القصاص لان الغالب فيه حق العبد فيجبر عليها كما في سائر
حقوقه وفي حد القذف لما فيه من حق العبد ايضا ولا لنا ما روي مرفوعا لا
عم لا كفالة في حد مطلقا من غير فصل بين حد وحد ولان مبنى الحدود والقصاص
على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالكفيل بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ
بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير فانه محض حق العبد يسقط باسقاطه
ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر المطلوب على اعطاء
الكفيل فيه كما في الاموال فيد بحد القذف لان حد الزنا والشرب لا كفالة فيهما
بالاتفاق فيد عدم الجبر بالحد والقصاص وهل يجبر في غيرهما من الحقوق
وعلى تقدير ان يجبر هل يجبر بمجرد الدعوى وفي الخلاصة نقلا عن الاقضية اجمعوا
ان في الدين المؤجل اذا قرب حلول الاجل واراد المديون السفر لا يجبر على اعطاء
الكفيل وفي الاصل رجل كفل بنفس رجل او بمال بامره فاراد الخصم ان يخرج من
البلد ان كان ضمانه الى اجل ليس للكفيل ان يمنعه وان لم يكن الى اجل له ان يطالبه اما
باداء المال او بتسليم النفس وفي الفتاوى الصغرى المديون اذا اراد ان يغيب
ليس لرب الدين ان يطالبه باعطاء الكفيل وقال ابو يوسف لو قال القائل بانه
ان يطالبه قياسا على نفقة شهر لا يبعد وفي المنتقى رب الدين لو قال للقاضي
ان مديوني فلانا يريد ان يغيب عني فالقي يطالبه بالكفيل وان كان الدين
مؤجلا وفي الفتاوى الصغرى يجبر المدعى عليه باعطاء الكفيل بمجرد الدعوى
سواء كان المدعى عليه في المصر وان كان غريبا لا يؤخذ منه الكفيل هذا ما في
الخلاصة فظهر منه ان للطالب مطالبة المطلوب بالكفيل بالاتفاق من الدين
الغير المؤجل عند خوف الفرار وفي الدين المؤجل خلاف وفي البزازية نقلا
عن الظهيرية قالت المرأة زوجي يريد ان يغيب فخذ بالنفقة كفيلا لا يجيبها
الحاكم الى ذلك لانها لم تجب بعد واستحسن الثاني اخذ الكفيل رفقا بها وعليه
الفتوى وفي المحيط لو افتى بقول الامام الثاني في سائر الديون باخذ الكفيل
كان حسنا رفقا بالناس وان شهد عليه اي على من وجب عليه الحد والقصاص

شاهدان

شاهدان مستوران لا يعرف عدالتهما وفسقهما في حد متعلق بشهد او شهود اي قصاص
حبس وكذا اي حبس ان شهد عدل واحد يعرف الحاكم عدالته وهذا لان الحبس ههنا
ليس لثبوت الدعوى لانه يحتاج الى صحة كاملة ولم توجد بل للتهمة الفساد ازالة اتهام
القاضي بالتهاون وذلك يثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة لان
الحبس للتهمة وازالة الاتهام كلاهما من باب دفع الفساد فيكون من باب
الديانات وهي تثبت باحد شطريها وقد روي ان رسول الله عم حبس رجلا
بالتهمة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة
كاملة والحاصل ان ما كان الحبس فيه اقصى عقوبة كما في الاموال اذا ثبت ولم يوجد
موجبات السقوط وامتنع عن الايفاء لا يحبس فيه الا بحجة كاملة وما كان
اقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص فان الاقصى فيها القتل
والقطع والجلد جاز الحبس قبل ثبوته للتهمة قال في البحر وكلامهم هنا يدل
ظاهرا على ان القاضي يعذر للتهمة وان لم يثبت عليها عليه واصلها ان ما كان من
التعزير من حقوقه تعالى فانه لا يتوقف على الدعوى ولا على الثبوت بل اذا اخبر
القاضي عدل بما يقتضيه احضره القاضي وعذره لتصريحهم هنا بحبس المتهم
بشهادة مستورين او واحد عدل والحبس تعزير انتهى خلافا لهما في شهادة الواحد
العدل في رواية بناء على ان الجبر باخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز ان يستوثق
به فيستغني عن الحبس وصح الرهن والكفالة اي بالنفس لان الكلام فيه بالخراج
اي الموظف وقد تقدم تفسيره وهذا لانه دين مطالب من جهة العباد في الحياة
والممات حتى يحبس به ويمنع عنه وجوب الزكوة فيصح الرهن والكفالة عنه كسائر
الديون بخلاف خراج المقاسمة وقد تقدم تفسيره لانه ليس في معنى الدين لعدم
وجوبه في الذمة وبخلاف الزكوة لانها لا يطالب بعد الموت حتى لا يعطى من تركته
فلا تصح الرهن والكفالة بها ولان الرهن شرع لما كان مضمونا يمكن استيفاؤه
من الرهن والكفالة شرعت لتحمل المطالبة بالمضمون والخراج مطالب مضمون
فتصح عنه الرهن في الكفالة بخلاف الزكوة وفي تخصيصه بالخراج اشارة
الى ان ضمان الجباية لا يصح على ما هو مذهب عامة المشايخ على ما صرح به في الخلاصة

والبزازية وجوزه بعضهم وفي الخلاصة جماعة طمع الوالي ان ياخذ منهم شيئا بغير حق
فاختفى بعضهم وظفر الوالي ببعضهم فقال المختفون للذين وجدهم الوالي لا تطلعوه
علينا وما اصابكم فهو علينا بالحصص فلو اخذ الوالي منهم شيئا فلهم الرجوع على قول
من يجوز ضمان الجباية وعلى قول عامة المشايخ لا يصح انتهى ولما فرغ من بيان
الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال فقال والكفالة بالمال صحيحة ولو
وصلية اي ولو كان المال مجهولا لان مبنى الكفالة على التوسع فيحتمل فيها جهالة المكفول
يسيرة اولا بعد ان كانت الجهالة متعارفة على ما في العناية لكن قال في غاية
البيان يتحمل فيها الجهالة اذا كانت يسيرة ومتعارفة انتهى فقد جعل التعارف
تفسيرا لليسير ويدل ايضا على صحة الكفالة بالمال مجهولا صحة الكفالة بالدرك
فانها صحيحة بالاجماع مع ان المال فيها مجهول وكذا الكفالة بالشجة كانت خطأ صحيحة
وان كان المال مجهولا لاحتمال السراية والاقتضاء ان كان المال دينا صحيحا والدين
الصحيح هو الذي يكون له مطالب من جهة العباد حقا لنفسه والمطلوب
لا يقدر على اسقاطه من ذمته الا بالاداء او الابراء فبدل الكتابة لا يكون دينا
صحيحا فلا تصح الكفالة بها فانه يسقط بالعجز وفي الاشباه لو كفل بالنفقة
المقررة الماضية صحت مع انها تسقط بدونها بموت احدهما وكذا لو كفل بنفقة
شهر مستقبل وقدرها في كل شهر كذا او بيوم ياتي وقد قدر لها في كل يوم كذا
انتهى وفي القنية قال لامراة ابنه ما دمت حيا ودمت حيا فنفقتك علي
يصح وقيل لا يصح حتى يقول فالنفقة التي تجب على ابني فعلي انتهى وتقييد صاحب
الاشباه بالتقرير يناسب قول ذلك البعض وفي قاضيخان لو قال لامراة الغير
كفلت لك بالنفقة ابدا يلزمه النفقة ابدا ما دمت في نكاحه ولو قال لها
ما دمت في نكاحه فنفقتك علي فان مات احدهما او زال النكاح زال النفقة
انتهى ويصح الكفيل من الزوج حين اراد السفر بلا نفقة كما صرح به في الفتاوى
العدلية ونفقات الحاوي القدسي وكذا لا تصح الكفالة بالاعيان المضمونة
بغيرها على ما سياتي مصرحا بخلاف الاعيان المضمونة بعينها كالمغصوب
والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء فان الكفالة بها صحيحة عندنا

ويجب تسليم العين ان كانت باقية وقيمتها ان كانت هالكة او مستهلكة خلافا للشافعي
فانه قال لا يجوز الكفالة بالاعيان مطلقا مضمونة بغيرها او بعينها لان العين
مطلقا لا يلزم في الذمة قلنا ان شرط الكفالة ان يكون المكفول به مقدور
التسليم وقد وجد ذلك وبخلاف الكفالة بالمال عنده اذا كان المال مجهولا
فانها لا تصح عنده ايضا لان ضمان المجهول لا يصح وهو محجوج عليه بما ذكرناه
كيف وقد نص الشافعي على صحة ضمان الدرك على ما في شرح الاقطع بتكفلت عنه
بالف وبما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع اي من الضمان هذه الفاظ الكفالة
بالمال وفي البزازية قال الدين الذي لك على فلان انا ادفعه اليك او اسلمه
اليك او اقبضه مني لا تكون كفالة ما لم يقل لفظا يدل على اللزوم كضمنت او كفلت
او علي او الي وهذا اذا ذكره منجزا اما اذا قال معلقا بان قال ان لم يؤده فلان
فانا ادفعه اليك ونحو ذلك يكون كفالة لما علم ان المواعيد باكتساء صور
التعليق يكون لازمة فان قوله انا احج لا يلزم له شيء ولو علق وقال ان دخلت
الدار فانا احج يلزم الحج انتهى وهكذا في الخلاصة ايضا وفي القنية انا في عهدة
ما على فلان كفالة وفي البحر لو قال رجل للداين لا تطالب فلانا ما لك عندي
لا يكون كفيلا بخلاف ما لو قال ان لم يوف به فلان فعندي ما لك عليه لزمه
المال لانه اذا استعمل في الدين يراد به الوجوب في المعلق بالشرط لا في المنجز
قوله لما يدركك في هذا البيع هو ضمان الدرك وكذا اي تصح الكفالة لو علقها
بشرط ملايم كشرط وجوب الحق اي كشرط يكون سببا لوجوب الحق نحو
ما بايعت فلانا او ما غصبك او ما ذاب اي وجب لك عليه كلمة ما في هذه الصور
شرطية بمعنى ان او ان استحق المبيع فعلي والملاية فيه تكون سببا لوجوبه لان
استحقاقه سبب لوجوبه على البائع للمشتري ثم الاصل هنا قوله تعالى ولمن جاء به
حمل بعير وانا به زعيم فان منادي يوسف عليه السلام علق الكفالة بالشرط
هو سبب وجوب المال وهو المجيء بصاع الملك وكان نداؤه بامر يوسف عم وشرع من
من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله تعالى ورسوله من غير انكار واعترض
عليه بانه يجوز ان يكون لبيان اجرة العامل كقول من ابق عنه من جاء به فله

عشرة فلا يكون كفالة لان المنادي التزم عن نفسه حيث قال وانا به زعيم لا عن
غيره والكفالة هي الالتزام عن غيره وبانه متروك الظاهر لاشتماله على جهالة
المكفول له وهي تبطل الكفالة واجيب عن الاول بان الزعيم حقيقة في الكفالة
فيحمل عليها ما امكن فكان المنادي يقول ان الملك يقول لمن جاء به حمل بعير وانا
به زعيم فيكون ضامنا عن الملك لا عن نفسه وعن الثاني بان فيها امرين ذكر
الكفالة مع جهالة المكفول له واضافتها الى سبب الوجوب وعدم جواز احدها
بدليل لا يستلزم عدم الاخر فان قلت ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة
المكفول عنه وجهالة المكفول له كانت الاولى لا تمنع الجواز اصلا والثانية
تمنعه اذا كانت الكفالة مضافة نحو تكفلت بما بايعت احدا من الناس والثالثة
تمنعه مطلقا فالجواب ان الاولى منصوص على جوازها حيث قال الله تعالى حمل بعير
وهو غير معلوم والثانية انما تمنعه للاضافة لا للجهالة والثالثة لان الكفالة
بمنزلة البيع في حق الطالب حتى لا يصح من غير قبول الطالب وبمنزلة الطلاق والعتاق
في حق المطلوب فكانت جهالة الطالب مانعة للجواز كما ان جهالة المشتري
مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فان جهالته لا تمنع كما ان جهالة المعتق
لا تمنع جواز العتق كذا في العناية وفي البحر قوله ما بايعت فلانا وما غصبك
فعلي من امثلة الكفالة بالمجهول ثم قال نقلا عن البدايع لو قال ان غصبك فلانا
فانا ضامن لم يجز عند ابي ح وابي يوسف وعند محمد يجوز بناء على ان غصب
العقار لا يتحقق عندهما خلافا له وفي القنية ما غصبك فلان فعلي يشترط القبول
للحال انتهى وقال في البحر يعني لا عند الغصب وكذا في قوله ما بايعت وما ذاب
يشترط القبول للحال لانما قال ما بايعت فلانا لانه لو قال بايع فلانا على ان ما
اصابك من خسران فعلي لم يصح كذا في البزازية وفي الخلاصة رجل قال للمودع
ان اتلف المودع وديعتك او جحد فانا ضامن لك صح ولو قال ان قتلك او ابنك
فلان خطأ فانا ضامن من الدية صح بخلاف قوله ان اكلك سبع ولو قال ان غصب
فلان مالك او احد من هؤلاء القوم فانا ضامن لك صح ولو عم فقال ان غصبك
انسان شيئا فانا ضامن لك لا يصح انتهى وكشرط امكان الاستيفاء نحو ان قدم زيد

وهو المكفول عنه اي وانا كفيل لك بما عليه وهذا لان قدوم المكفول عنه سبب موصل
الى الاستيفاء منه بخلاف قدوم الاجنبي فانه لا يكون سببا موصلا الى الاستيفاء
فلا يصح التعليق به ولهذا فسر زيدا بقوله وهو المكفول عنه وقال في العناية
وفتح القدير قيد بكون زيد مكفولا عنه لانه اذا كان اجنبيا كان التعليق كما في
هبوب الريح انتهى قال في القنية لا يصح التعليق بشرط غير متعارف كدخول الدار
او قدوم زيد لانه ليس من الباب وجوابه الحق الا ان الاصح ما ذكره ابو نصر انه
يصح بقدوم زيد ذكره في تحفة الفقهاء انتهى وقال في البحر الظاهر ما في القنية
الاصح على الاصح لانه باطلاقه شامل للاجنبي ولكن ينبغي ان يحمل على ان المراد بزيد
هو المكفول عنه ويؤيده ما ذكرناه من العناية وفتح القدير ثم قال والحق انه لا يلزم
ان يكون مكفولا عنه لما في البدايع لان قدومه وسيلة الى الاداء في الجملة
لجواز ان يكون مكفولا عنه او مضاربه انتهى قلت والحق يلزم ان يكون مكفولا عنه
على ما صرح به في الهداية وغيرها وقال في الفصل الخامس من بيوع الخلاصة
والبزازية ان تعليق الكفالة بالشرط ان كان متعارفا صحت الكفالة والشرط
معا نحو ان يقول اذا قدم المطلوب فانا به كفيل وان كان شرطا محضا كقوله
ان دخل فلان الدار او ان هبت الريح او ان جاء المطر لم تصح وهذا نص فيما قلنا
وما ذكره من البدايع لا يصلح دليلا على ما ذكره فتامل واعلم انه كما يصح تعليق
الكفالة بقدوم المكفول عنه كذلك يصح تعليق الابراء من الكفالة به لما في البزازية
قال ضمنت لك عن فلان الفا فاذا قدم فلان فانا بريء منه ان كان فلان غريما له
بالف جاز شرط البراءة وان كان فلان اجنبيا ليس بينه وبين الطالب والمطلوب
تعلق في هذا الالف تصح الكفالة ويبطل شرط البراءة انتهى وكشرط تعذر
الاستيفاء نحو ان غاب عن البلد فانا لك كفيل بما عليه والمراد به هنا المكفول عنه
ايضا فان غيبة المكفول عنه عن البلد سبب لتعذر الاستيفاء كما ان قدومه
سبب لامكان الاستيفاء وقد جعلها شرطا للكفالة وهو شرط ملايم لها
كما ترى ومن قبيل التعليق بتعذر الاستيفاء ما في البحر نقلا عن المعراج ان مات
ولم يدع شيئا فانا ضامن وكذا ان حل مالك على فلان ولم يوافك به فهو علي

اوان حل مالك على فلان فهو علي اوان مات فهو علي ومنه ايضا ما في البزازية ان غاب
ولم يوافك فانا ضامن لما عليه ومنه ايضا ما في الخلاصة نقلا عن المنتقى رجل
قال لآخر ان لم يعطك فلان مالك عليه فانا لك ضامن لا سبيل له عليه حتى
يتقاضى الذي عليه المال فان تقاضاه فقال لا اعطيك مالك لزم الكفيل ولو مات
المطلوب قبل ان يتقاضاه لزم الكفيل ايضا ولو قال ان تقاضيت فلانا
مالك عليه فلم يعطك فانا ضامن لك لما لك عليه فمات المطلوب قبل
ان يتقاضاه بطل الضمان وقدم نظير هذا نقلا عن البزازية عند شرح قول
المص وان كفل بنفسه على انه ان لم يواف به غدا الخ فارجع اليه وفي الفصل
التاسع والعشرين من العمادية لو كفل بعبد رجل ان ابق من مولاه او كفل بدابته
ان انفلتت منه او بشيء من ماله ان هلك لا يجوز وان علقها بمجرد الشرط اي المجرد
عن الملائمة كهبوب الريح ومجيء المطر بان قال ان هبت الريح او ان جاء المطر فانا
ضامن مالك عليه بطل اي التعليق على ما هو الظ من كلامه هنا ومن قوله
قبيل كتاب الصرف الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا اي بطل التعليق
ان جعل احدهما اجلا للكفالة بان قال انا ضامن مالك عليه الى ان هبت الريح
او الى ان جاء المطر واما تاجيلها الى الحصاد او الدياس او قدوم الحاج والنيروز
فجائز لكونه متعارفا فيثبت ولا اول من حصد واول حاج قدم على ما في الخلاصة
فتصح الكفالة اي في جعل احدهما اجلا على ما صرح به في البزازية حيث قال ان
الكفالة الى هبوب الريح يصح ويبطل الشرط ويجب المال حالا واعلم ان في كلامه
بحثا اما اولا فلان الظ من قوله بطل بطلان تعليق الكفالة بالشرطين المذكورين
على ما فسرناه كذلك لا بطلان الكفالة نفسها مع ان الكفالة باطلة ايضا
على ما صرح به في المبسوط وقاضيخان حيث قال ولو علق الكفالة بما هو شرط
محض نحو ان يقول اذا هبت الريح او اذا جاء المطر او اذا قدم فلان الاجنبي الدار
فانا كفيل بنفس فلان لا يصير كفيلا وكذا لو علق الكفالة بالمال بهذه الشرائط
انتهى وهكذا في العناية وفتح القدير والقنية والزيلعي والخلاصة في اخر
الفصل الثاني من كتاب الكفالة حيث قال فيه ولو كفل بمال على ان جعل الطالب له

جعلا فان لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا في الكفالة
باطلة كالشرط انتهى واما ثانيا فلان فاعل بطل المقدر في قوله وكذا اما التعليق على
ما هو الظ من سوق كلامه او الكفالة اذ لا ثالث وكلاهما غير صحيح اما الاول فلانه
لا معنى لان يقول وكذا بطل التعليق بها ان جعل احدهما اجلا واما الثاني فلعدم
ملايمته قوله فتصح الكفالة فالجواب عن الاول ان المقصود ههنا نفي جواز الكفالة
المعلقة بشرط غير ملايم والمجموع ينتفي بانتفاء جزئه ولما كان بطلان هذا
المجموع بسبب جزء التعليق اسند البطلان اليه فان قيل نفي الكفالة المؤجلة اكتفى
الكفالة المعلقة مع ان الكفالة لا تنتفي بانتفاء الاجل مع انه جزء قلنا ان التعليق
يخرج العلة عن العلية والتاثير على ما في الاصول فيلزم بطلانه بطلان الكفالة
المعلقة بخلاف الاجل فانه عارض بعد العقد فلا يلزم من بطلانه بطلان معروضه
وعن الثاني ان فاعل بطل المقدر هو الاجل والمعنى كما بطل التعليق بها بطل الاجل
بها ايضا ان جعل احدهما اجلا وقوله فتصح الكفالة تفريع على بطلان الاجل
لا على بطلان التعليق على ما فسره كذلك وهذا لان الكفالة لما صح تاجيلها باجل
متعارف لم تبطل بالاجال الفاسدة لانها لا تدخل في صلب العقد هذا تحقيق
كلامه وتوضيح المسئلة ههنا يحتاج الى بسط قال في الكنز ولا يصح بنحو ان هبت
الريح فتصح الكفالة ان جعل اجلا ويجب المال حالا انتهى واعترض عليه الزيلعي
بان ما ذكره المص مذكور في الهداية والكافي ايضا وهو سهو منهم فان الحكم في
هذه المسئلة ان التعليق والكفالة لا تصح ولا يلزم المال لان الشرط غير ملايم
فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملايم ذكره قاضيخان وغيره
ولو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب الريح لا يصح التاجيل ويجب المال حالا انتهى
فقد فرق بين تعليق الكفالة بشرط غير ملايم وبين تاجيلها باجل غير ملايم وجعل
الكفالة باطلة في التعليق مثل الشرط ولم يجعلها باطلة في التاجيل بل الكفالة
صحيحة والتاجيل باطل واعترض عليه ابن نجيم في البحر وقال هذا منه سهو
لان المص اي صاحب الكنز لم يقل فتصح الكفالة ويجب المال حالا والموجود في النسخ
المعتمدة الاقتصار على قوله ولا تصح بان هبت الريح فعلى هذا لا ينبغي ان يقرأ

ولا تصح بالتاء الفوقية بارجاع الضمير الى الكفالة لا الى التعليق ثم قال ونسبة السهو الى الهداية خطاء منه لان عبارة الهداية هكذا فاما لا تصح بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا ان جعل كل منها اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق انتهى فقوله الا انه تصح انما يعود الى الاجل بنحو هبوب الريح ومجيء المطر لا الى التعليق بالشرط وقوله لما صح تعليقها معناه لما صح تاجيلها باجل متعارف مجازا ويجوز المجاز عدم الثبوت في الحال في كل واحد منها وانما صحت مع الاجل الغير المتعارف ولم تصح مع التعليق بشرط غير متعارف لان التعليق يخرج العلة عن العلية والاجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه هذا ما ذكره في البحر وهو ماخوذ من فتح القدير حيث قال فيه والحاصل ان الشرط الغير الملايم لا تصح معه الكفالة اصلا ومع الاجل الغير الملايم تصح حالة ويبطل الاجل لكن تعليل المص اي صاحب الهداية بهذا بقوله لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط يقتضي ان في التعليق بغير الملايم تصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط والمصرح به في المبسوط وفتاوى قاضيخان ان الكفالة باطلة فتصحيح كلامه ان يحمل لفظ تعليقها على معنى تاجيلها بجامع ان في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال فذكر التعليق واراد التاجيل انتهى ما في فتح القدير وهكذا ذكره في البحر وقال وقد ظهر لي انه لا حاجة الى جعل التعليق بمعنى التاجيل في كلامهم لتصحيحه بل المراد انما صحت الكفالة مع هذا التاجيل لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط الملايم لم تبطل بالشروط الفاسدة والتاجيل بغير المتعارف شرط فاسد فلم تبطل به انتهى لا يخفى عليك ما في هذا الوجه تامل ثم اقول ينافي ما ذكره في فتح القدير والبحر من التوجيه المذكور لكلام صاحب الهداية والكنز ما ذكره في الفصل الخامس من نوع الخلاصة حيث قال فيه ما جاز ان يتعلق بالشرط لا يبطله الشرط الفاسد كالطلاق والعتاق والحوالة والكفالة وفي فتاوى النسفي ان الشرط اذا لم يكن متعارفا يبطل الشرط دون الكفالة وقال في شرح الشافي الكفالة كالنكاح في انه يبطل الشرط دون الكفالة وفي نسخة شمس الائمة السرخسي الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة

كالنكاح وتبطل الشروط انتهى ما في الخلاصة اللهم الا ان يوجه كلام هذه الائمة بان يقال مرادهم بالشرط ههنا هو شرط التاجيل باجل غير متعارف فيكون خارجا عن صلب العقد لا الشروط الفاسدة المعلق عليها الكفالة والا لزم التناقض بين كلام صاحب الخلاصة حيث قال هنا ان الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وقال في كتاب الكفالة انها تبطل بالشروط الفاسدة على ما نقلناه انفا وبالتوجيه المذكور يندفع التناقض تامل وذكر في البزازية ما يصلح توجيها هنا حيث قال في الفصل الثاني كفل بمال على ان جعل له الطالب جعلا ان لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل اي الجعل باطل لان الكفيل مقرض في حق المطلوب واذا شرط الجعل مع ضمان المثل فيه شرط الزيادة على ما اقرضه وانه ربوا وان شرط فيها بطلت الكفالة وكان ينبغي ان تصح الكفالة لعدم بطلانها بالشرط الفاسد الا يرى ان الكفالة الى هبوب الريح تصح ويبطل الشرط قلنا انما لا تصح لانه علقها بشرط للكفيل فيه نفع لانه انما ينتفع بالجعل فلا بد من مراعات الشرط لثبوت الكفالة ولم يثبت الشرط ما لم يستحق الجعل فلا يثبت الكفالة فكان بطلانها من هذا الوجه لا من حيث انه شرط فاسد بخلاف الهبوب لانه شرط لا ينتفع به الكفيل واذا خلا عن النفع لم يجب مراعاته كما لو شرط في البيع ما لا ينتفع به احدهما واذا لم يثبت كانت الكفالة مرسلة انتهى هذا ما وعدنا بيانه قبيل كتاب الصرف عند شرح قوله ولا يبطله الشرط الفاسد قلت والذي ظهر من كلامهم انها تبطل الشرط فاسد علقت عليه ولا تبطل بشرط اضيفت اليه اعني شرط التاجيل باجل غير متعارف فلا بد ان يقيد كلامهم انها لا تبطل بالشرط الفاسد بشرط التاجيل باجل غير متعارف وقال في الدرر الظاهر ان في هذه المسئلة روايتين في رواية انها تبطل بالشروط الفاسدة وفي رواية لا تبطل وفيه ما فيه تامل ثم اعلم ان الكفالة بالنفس مثل الكفالة بالمال في جواز تعليقها بشرط ملايم وعدم جوازه بشرط غير ملايم وفي جواز تاجيلها الى اجل متعارف وعدم جوازه الى اجل غير متعارف على ما في الزيلعي وللطالب مطالبة اي شاء من كفيله الضمير راجع الى الطالب والذي اي كفيل له بخلاف قوله او اصيله فان الضمير فيه اما راجع الى الكفيل او الى الدين باقل

ثم الاصل هنا ما تقدم من ان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام
الاول في الذمة لا البراءة فيطالب ايهما شاء الا اذا شرط براءة الاصيل فيكون حوالة اعتبارا
للمعنى فلا يطالب الاصيل الا بالتوى كما هو كذلك في الحوالة كما ان الحوالة بشرط
عدم براءة المحيل كفالة اعتبارا للمعنى ايضا فيجري فيها احكام الكفالة ولو طالب
احدهما له مطالبة الآخر جملة او متعاقبا بخلاف المالك اذا اختار تضمين واحد من
الغاصب وغاصب الغاصب فانه لا يقدر على تضمين الآخر لان اختيار احدهما يتضمن
التمليك له فان كفل بماله عليه بان قال مثلا تكفلت بما لك عليه بلا تبيين قدر المال
فبرهن الطالب على الف لزمه الالف يعني اختلفا في قدر المال فبرهن الطالب على انه الف
لزم الالف على الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو عاين ما عليه وكفل عنه
لزمه ما عليه فكذا هذا وان لم يبرهن صدق الكفيل فيما اقر به قليلا او كثيرا لانه مجهول
وانما لزمه باقراره فيؤخذ به مع يمينه لانه منكر للزيادة وهذا لان كل من جعل القول
قوله فيما كان هو خصما فيه والشيء مما يصح بدله كان القول فيه قوله مع يمينه كذا
في العناية وصدق الاصيل في اقراره باكثر مما اقر به الكفيل على نفسه لولايته على
نفسه خاصة اي لا على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه فلا يصدق في حقه
كالمريض اذا اقر في مرض الموت يصح اقراره في حق نفسه لا في حق غرماء ديون
الصحة حيث يقدمون على المقر له في المرض بخلاف ما لو كفل بما ذاب لك على
فلان او بما ثبت لك عليه فاقر المطلوب اي الاصيل بمال حيث لزم الكفيل ما اقر الاصيل
مطلقا لان الثبوت مطلقا فيه حصل بقوله ذاب وثبت بمعنى حصل وقد حصل
باقراره بخلاف الكفالة بماله عليه كما نحن فيه فانها بالدين القائم على الاصيل
وما ثبت الدين الا باقرار كذا في البحر ثم لما جازت الكفالة بامر المكفول عنه وبغير
امره شرع في بيان حكم كل منهما فقال فان كفل بلا امره لا يرجع الكفيل عليه اي على
الاصيل اي المكفول عنه بما ادى عنه لانه متبرع باداته عنه والمتبرع لا يرجع
لوصول العوض اليه وهو الكتوا بخلافا لمالك وان وصلية اجازها اي الكفالة
المكفول عنه لان الاجازة بعد وقوعها تبرعا لا يخرجها عن كونها تبرعا وفي البحر
وهذا اذا اجاز بعد المجلس اما اذا اجاز في المجلس فانها تصير موجبة للرجوع كذا في

العادى وذكر في حيل الولوالجية رجل كفل بنفس رجل ولم يقدر على تسليمه فقال له
الطالب ادفع الي مالي على المكفول عنه حتى تبرأ من الكفالة فاراد ان يؤديه على وجه
يكون له حق الرجوع على المطلوب فالحيلة في ذلك ان يدفع الدين الى الطالب
ويهب الطالب مال المطلوب ويوكله بقبضه فيكون له حق المطالبة فاذا قبضه
يكون له حق الرجوع لانه لو دفع اليه المال بغير هذه الحيلة يكون متطوعا انتهى
وان كفل بامره ومعنى الامر هنا ان يشتمل كلامه على الامر مع الضمان او عني او علي
اما الاول فبان يقول ادفع الى فلان كذا درهما على اني ضامن قال في الفصولين
قال له ادفع الى هذا الصبي عشرة دراهم ينفقها على نفسه على اني ضامن لها والصبي
محجور ففعل كان ضامنا لا لو ضمن بعد الدفع انتهى واما الثاني فبان يقول اضمن
عني او تكفل عني على ما في العناية واما الثالث فبان يقول ادفع له كل يوم درهما
على ان ذلك علي فدفع له كل يوم درهما حتى اجتمع مال كثير فالكل على الكفيل هكذا
نقله في البحر عن الخانية وفائدة علم ان لفظة عني ليست شرطا هنا بل اما هي
او ما يقوم مقامها وهو علي وهذا قال في فتح القدير لو قال اضمن الالف التي لفلان
علي لم يرجع عليه عند الاداء لجواز ان يكون القصد ليرجع او لطلب التبرع فلا يلزم
المال بالشك انتهى وذلك لعدم اشتماله على كلمة عني او علي واما لفظة علي في
قوله لفلان علي فهو متعلق لفلان لا للضمان وهذا رواية المجرد عن ابي ح على ما في قاضيخان
حيث قال وعن ابي ح في المجرد اذا قال لآخر اضمن لفلان الالف التي له علي فضمنها
وادى اليه يكون متطوعا في الضمان ولا يرجع على الامر الا ان يكون خليطا للآمر
فيرجع عليه وكذا في قوله اقضه انتهى وذكر قبل هذا على رواية الاصل في مسائل
الامر بنقد المال وقال انها على اربعة اقسام منها ما يرجع المأمور على الآمر سواء قال
ادفع عني او لم يقل خليطا كان للآمر او لا وهي ان يقول اكفل لفلان بالف درهم
علي او انقده الفا علي او اضمن له الالف التي علي او اقضه ما له الذي علي او اعط الالف
الالف التي له علي او ادفع كذلك ففي هذه كلها كلمة على كعني ويرجع بما دفع في رواية
الاصل انتهى فان كلمة علي في هذه الصور كلها قيد لمال فلان لا للضمان مع انه قال
يرجع فيها وانما مثل كلمة عني قلت والذي يقتضيه النظر ما ذكره في فتح القدير

لاحتمال ذكره ثم ذكر في فتاوى قاضيخان القسم الثاني وقال ومنها ما يرجع ان كان خليطا والا
لا وذكر القسم الثالث وقال ومنها ما لا يرجع في جميع الاحوال الا اذا شرط الآمر الضمان
وقال على اني ضامن وهي ما لو قال هب لفلان عني الفا فاذا وهب المامور كانت من
الآمر ولا رجوع للمامور عليه وعلى القابض وللآمر الرجوع فيها والدافع متطوع
ولو قال على اني ضامن ففعل جازت وضمن الآمر للمامور وللآمر الرجوع فيها دون
الدافع وكذا لو قال اقرض فلانا الفا وكذا عوض فلانا عني فان قال على ان يرجع
عليّ رجع والا فلا وكذا كفر عن يميني بطعامك او ادّ زكوة مالي بمالك نفسك او احجج
عني رجلا او اعتق عني عبدا عن ظهاري انتهى والخليط هو الذي يكون في عياله
كالوالد والولد والزوجة وابن الاخ في عياله او اجيره او شريكه شركة عنان
كذا قال في الاصل وقيل هو الذي يعتاد الرجل مداينته والاخذ منه ووضع
الدراهم عنده وان لم يكن في عياله وهذا لانه من الخلطة الشديدة اطلق الامر
فيشمل الامر الحقيقي كما مثلناه والحكمي ايضا كما اذا كفل الاب عن ابنه الصغير مهر امرأته
ثم مات الاب فاخذ من تركته فان للورثة الرجوع في نصيب الابن لانه كفالة بامر
الصبي حكما لثبوت الولاية بخلاف ما اذا ادى الاب بنفسه ولم يشهد للرجوع فانه
لا رجوع له لاحتمال انه ادى تبرعا كما هو العادة بخلاف ما اذا اشهد فان الصريح
يفوق الدلالة على ما صرح به صاحب المجمع في شرحه وفي البحر ومن الامر الحكمي
ما في تلخيص الجامع الكبير لو جحد الكفيل الكفالة بعد الدعوى عليه بها فبرهن
المدعي على الكفالة بالامر وقضى بها على الكفيل وادى فانه يرجع على المديون وان
كان مناقضا لانه صار مكذبا شرعا بالقضاء عليه فيرتفع التناقض
وقوله كفل بامره ليس على اطلاقه بل مقيد بمن يصح امره فلا رجوع على الصبي
والعبد المحجورين لمن كفل بامرهما وادى عنهما بماله لعدم صحة الامر منهما ولكن يرجع
على العبد بعد عتقه بخلاف المأذون لهما لصحة امرهما رجع بما ادى اليه ان كان
ما ادى اليه مثل ما ضمن وبما ضمن ان كان ما ادى بخلاف ما ضمن كما اذا ضمن الجياد
وادى الردي او بالعكس وذلك لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب
والطالب لم يكن له ان يطالبه الا بما في ذمته فكذا من نزل منزلته كما اذا ملك الكفيل

بالهبة

بالهبة او بالارث فان المكفول له اذا وهب الدين للكفيل او مات هو وورثه الكفيل يملك
الدين في الصورتين ويرجع على الاصيل بما ضمن في الصورتين لقيامه مقام الطالب
واعترض عليه بوجهين احدهما ان هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير من عليه
الدين اذ الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا في الدين والثاني ان في الهبة
والميراث المملوك واحد لا يعود فيه وهو ما ضمن واما في الاداء بخلاف ما ضمن
فقد تعدد الامر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد اعني
ما ادى وما ضمن واجيب عن الاول بوجهين احدهما ان تمليك الدين من غير من
عليه الدين صحيح استحسانا اذا وهبه واذن له في القبض فقبضه وهذا لانه
اذا اذن له بالقبض صار كانه اخرجه من الكفالة ووكله بالقبض فقبضه ثم
وهبه اياه فيكون تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز بالاتفاق وثانيهما ان
الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة اذا لم يكن هناك ضرورة واما اذا كانت
فيجوز ان يجعل ذلك الضم في الدين وههنا قد وجدت الضرورة لان الهبة
موضوعة للملك ومن ضرورة ذلك ان يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يتملك
ما عليه لا ما على غيره وامكن ذلك لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة الدين
عليه فامكن ان يجعل ذلك مقتضى تصرفها ومن هنا فرقوا بين هبة الدين والابراء
عنه بان الهبة تمليك له والابراء اسقاط محض حتى لا يرتد بالرد وعن الثاني
بان التشبيه انما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع
ثم اذا نزل منزلته والطالب ليس له ان يطلب الا ما ضمن له فكذا من نزل منزلته
فان قيل ما الفرق بين الكفيل بامره وبين المامور بقضاء الدين حيث ان الاول
اذا ادى يرجع بما ضمن والثاني بما ادى قلنا ان الثاني لم يجب عليه للآمر شيء
لعدم التزامه بالكفالة فلا يملك الدين بالاداء حتى نزل منزلة الطالب فيرجع
بما ضمن وانما الرجوع بحكم الامر بالاداء بخلاف الكفيل بامره على ما تقدم
ولا يطالبه اي الكفيل بالمال المكفول عنه وان كانت الكفالة بالامر على ما في الخلاصة
قبل الاداء لان الموجب للمطالبة التملك وهو لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل
بالشراء حيث يرجع به قبل الاداء لان الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد

بينهما مبادلة حكمية بنفس الشراء حتى كان له ولاية الحبس لما اشتراه لاجل الثمن بخلاف
الوكيل بالشراء فانه يرجع به قبل الاداء لان الموجب قد وجد في حقه لانه انعقد
بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية حتى وجب التحالف اذا اختلفا في مقدار الثمن والمبادلة
ولو حكمية توجب الملك الموجب لجواز المطالبة فان قيل هل للكفيل اخذ الرهن من الاصيل
قبل الاداء واجيب في البحر بان له ذلك مستدلا بما في الخانية كفل عن رجل بمال
ثم ان المكفول عنه اعطى الكفيل رهنا ذكر في الاصل انه لو كفل بمال مؤجل على الاصيل
فاعطاه المكفول عنه رهنا بذ للجاز انتهى فان لوزم الكفيل بالمال فله اي للكفيل
ملازمته اي المكفول عنه فيما اذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لانه
هو الذي اوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه وان حبس الكفيل فله اي للكفيل
حبسه اي المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره ويبرا الكفيل عن المطالبة باداء
الاصيل دينه لعدم بقاء موجب المطالبة وان ابرا الطالب الاصيل اي المكفول عنه
او اخر الدين عنه اي عن الاصيل بري الكفيل وتاخر عنه لان براءة الاصيل توجب
براءة الكفيل لان الدين على الاصيل وقد سقط بالابراء لا على الكفيل في الصحيح فقيله
قولهم براءة الاصيل توجب براءة الكفيل منقوض بما اذا شرط براءة الاصيل في ابتداء
الكفالة فان براءة الاصيل فيه موجودة فلم يوجب براءة الكفيل اجيب بانه اذا شرط
براءة الاصيل في الابتداء لم يبق هناك كفيل بل الكفالة اذ ذاك حوالة عليه ولم يقل
ان براءة الاصيل توجب براءة المحال عليه واذا قالوا الكفالة بشرط البراءة حوالة
وفي قاضيخان رجل قال لجماعة اشهدوا اني قد ضمنت لهذا الرجل بالالف التي له
على فلان ثم ان المديون اقام البينة انه كان قد قضاها قبل ان تضمنه الكفيل
قبلت بينته ويبرا المديون عن دين الطالب ولا يبرا الكفيل عن الطالب لان قول
الكفيل ذلك كان اقرارا منه بالدين عند الكفالة فلا يبرا الكفيل ولو اقام المديون
بينة على القضاء بعد الكفالة يبرا المديون والكفيل جميعا انتهى فعلم منه ان براءة
الاصيل انما توجب براءة الكفيل اذا لم يضمن الكفيل الالف التي كان له على فلان
فبرهن فلان انه قضاها قبل ضمان الكفيل والا فلا يوجب براءة الكفيل كما في الاشباه
وفيه ايضا نقلا عن الخانية التاخير عن الاصيل تاخير عن الكفيل الا اذا صالح المكاتب

عن قتل العمد بمال ثم كفله انسان ثم عجز المكاتب تاخرت مطالبة المصالح الى عتق الاصيل
وله مطالبة الكفيل الان وفي القنية براءة الاصيل انما يوجب براءة الكفيل اذا
كانت بالاداء او بالابراء فان كانت بالحلف فلا لان الحلف يفيد براءة الحالف
فحسب وفي الخلاصة عن فتاوى القاضي الامام رجل له على رجل مال وبه كفيل
فابرا الطالب الاصيل ان قبل الاصيل ابراءه برا الاصيل والكفيل جميعا وان رد الاصيل
ابراءه صح رده في حقه وبقي المال عليه وهل يبرا الكفيل اختلف المشايخ فيه
ولو ابرا الاصيل فمات الاصيل قبل الرد والقبول كان ذلك قبولا منه انتهى فظهر منه
ان قبول الاصيل حقيقة او حكما الابراء شرط في سقوط الدين عنه بابراء الطالب
وبه صرح في غاية البيان عن شرح الطحاوي وقال في هبة البزازية ابراء الدائن
من المديون لا يصح بلا قبوله لكن المذكور في اكثر الكتب ان هذا مذهب زفر ومذهب
علمائنا الثلاث عدم توقفه على قبوله والفتوى على هذا لانه اسقاط لا تمليك
والقبول شرط في التمليك لا في الاسقاط وان ابرا الطالب الكفيل او اخر عنه لا يبرا
الاصيل ولا يتاخر عنه لان ما على الكفيل هو المطالبة لا اصل الدين وسقوط المطالبة
عنه لا يوجب سقوط اصل الدين لان بقاء الدين على الاصيل بدون الطلب والكفيل
جائز ولهذا لو مات الكفيل ما سقط الدين عن الاصيل والتاخير ابراء موقت بغاية
فيعتبر بالابراء المؤبد واعترض عليه بانه اعتبار مع عدم التساوي وهو باطل
الا ترى ان الكفيل لو رد الابراء المؤبد لم يرتد بالرد بل يثبت الابراء ويسقط عنه
المطالبة ولو رد الابراء الموقت ارتد بالرد ووجب عليه اداء ما ضمنه حالا
واجيب بان اعتبار الشيء بغيره لا يستلزم التساوي بينهما من كل وجه والا انتفى
الاعتبار نعم يحتاج الى ذكر فارق عند من يقول بجوازه بين قبول احدهما الرد دون
الاخر وهو ما ذكروه ان الابراء المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل لا تمليك فيه
حيث لم يكن عليه الا مجرد مطالبة والاسقاط المحض لا يقبل الرد كاسقاط الخيار
واما الابراء الموقت فهو تاخير مطالبته ليس فيه اسقاط ولهذا يعود بعد الاجل
والتاخير كالخيار قال في البحر الطالب اذا ابرا الكفيل يبرا الكفيل قبل او لم يقبل
انتهى وبه علم الفرق بين ابراء الكفيل وابراء الاصيل حيث لا يشترط القبول في الاول

ويشترط في الثاني على ما ذكرناه انفا ثم قال في البحر ان الطالب اذا ابرأ الكفيل برئ ولا رجوع
له على الاصيل بخلاف ما اذا وهب الدين من الكفيل او تصدق به عليه فان له الرجوع
على الاصيل ولا بد له من القبول في الهبة والصدقة لان كلا منهما تمليك لا اسقاط
محض مثل الابراء فلا بد من القبول ولو كان الابراء والهبة بعد موت الكفيل فقبل
الوارث صح وان رد ورثته ارتد في قول ابي يوسف وبطل الابراء وقال محمد لا يرتد
بردهم كما لو ابرأه في حياته ثم مات انتهى فان كفل لو قال وان كفل بالواو بدل الفاء
لكان اولى تأمل بالدين الحال مؤجلا الى وقت من يوم او شهر تأجل الدين عن الاصيل
ايضا فانه لما شرط التأجيل في ابتداء الكفالة ولم يكن حق للطالب سوى الدين
تعين تأخيره عن ذمة الاصيل ايضا والحاصل انه ليس بتأخير عن الكفيل بل هو
تأخير لاصل الدين وان كان تأخير لاصل الدين وهو الاصيل تأخر عنه وعن
الكفيل جميعا بخلاف ما اذا اجل الكفيل بعد الكفالة كما في المسئلة الاولى فان
التأجيل هنا انما كان لتأخير المطالبة الحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير
اصل الدين حتى يتأخر من الاصيل ايضا ولو صالح الكفيل مع الطالب عن الف على مائة
اي من جنس الالف شرط براءتهما جميعا او براءة المطلوب خاصة او براءة الكفيل
خاصة او لم يشترط شيء من ذلك ففي الاول والثاني برئا جميعا وفي الثالث برئ
الكفيل عن مائة لا غير والالف بحاله باق على الاصيل والطالب مخير ان شاء
اخذ جميع الالف من الاصيل وان شاء اخذ المائة من الكفيل وتسعمائة من
الاصيل ويرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ان كان الصلح والكفالة بامره وفي
الرابع فلا يخلو ان قال الكفيل للطالب صالحتك عن الالف على مائة ولم يزد على
ذلك وقال صالحتك عما استوجب بالكفالة والثاني يكون فسخا للكفالة لا اسقاطا
لاصل الدين فيأخذ الطالب المائة من الكفيل ان شاء والباقي من الاصيل ويرجع
الكفيل على الاصيل وفي الاول وهو مسئلة الكتاب برئا جميعا عن تسعمائة بافية
لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما هو على الاصيل اذ لم يكن على الكفيل شيء
سوى المطالبة فيبرأ الاصيل عن تسعمائة وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا
عن المائة باداء الكفيل اياها ويرجع بها اي بالمائة التي وقع عليها الصلح وادّاها الكفيل

على الاصيل فقط اي لا يرجع بما بقي من الالف من تسعمائة يعني يرجع بما ادى لا بما ضمن
ان كفل بامره لانه اسقاط فيكون ابراء فيما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل
على الاصيل وان صالح عن الالف بجنس اخر اي غير الدين رجع اي الكفيل بالالف
اي بما ضمن لانه كان مالكا الدين بما اداه من خلاف جنسه لانه مبادلة واذا كان
مالكا له يرجع بكل ما ضمن من الدين بخلاف ما سبق لعدم كونه مالكا له لكون
المؤدى جنسا واحدا بل كان اسقاطا فيما بقي عن بدل الصلح وان صالح عن موجب
الكفالة اعني المطالبة اي ان صالح الكفيل عن موجب الكفالة على مائة مثلا برئ هو
اي الكفيل عن المطالبة دون الاصيل كما ذكرناه انفا من انه فسخ للكفالة لا اسقاط
لاصل الدين بل هو باق على الاصيل فيأخذ الطالب المائة من الكفيل ان شاء والباقي
من الاصيل وان شاء يأخذ الكل من الاصيل وان قال الطالب للكفيل بالامر بامر
المكفول عنه برئت الي من المال رجع الكفيل على اصيله لان هذه البراءة ابتداؤها
من الكفيل وانتهاؤها الى الطالب وكل براءة ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى
الطالب لا يكون الا بالايفاء فكان بمنزلة ان يقول دفعت الي المال او قبضته منك
وهو اقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا من الاصيل
ويرجع الكفيل على الاصيل وكذا في برئت ولا يزيد عليه شيء عند ابي يوسف لانه
اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب لذكر حرف الخطاب وذلك انما يكون بفعل مضاف
اليه على الخصوص كما اذا قيل قمت مثلا وهو هنا الايفاء دون الابراء وقيل ابو حنيفة
مع ابي يوسف في هذه المسئلة خلافا لمحمد هو يقول انه مثل ابرأتك على ما
سيأتي بيانه لانه يحتمل البراءة بالايفاء والبراءة بالابراء والثانية ادناها فيثبت
لتيقنه ولا يرجع اليه للشك وفي ابرأتك لا يرجع لانه براءة لا تنتهي الى
غيره لاستنادها الى نفس الطالب على الخصوص وذلك بالاسقاط فلا يكون
اقرار بالايفاء وهذا كله اذا كان الطالب غائبا وان كان الطالب حاضرا يرجع
اليه في البيان في الكل لانه اوفاه او ابرأه ليزول الاحتمال ويثبت الحكم لانه المجمل
فيرجع اليه لبيان ما اجمله ولا يصح تعليق البراءة عن الكفالة بالشرط مثل
ان يقول اذا جاء غد فانت برئ من الكفالة لانها ليست باسقاط محض لما فيه

لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات والتعليق انما يصح في الاسقاط المحض
والمختار الصحة بناء على انها اسقاط محض مثل الطلاق والعتاق لان على الكفيل المطالبة
دون الدين على الصحيح حتى لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل فانه
يرتد بالرد واذا كان اسقاطا محضا يصح تعليقه ويؤيد هذا ما روي عن الايضاح
انه لو كفل بالمال وبالنفس وقال ان وافيتك به غدا فانا بريء من المال فوافاه من
الغد فهو بريء من المال فقد جوز تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بموافاة المكفول به
وقيل ان عدم الصحة فيما اذا كان الشرط شرطا محضا لا منفعة للطالب فيه
اصلا نحو اذا جاء غد ونحوه لانه غير متعارف واما اذا كان شرطا فيه نفع
للطالب وله تعامل فتعليق البراءة به صحيح بالاتفاق قال في الكنز وبطل تعليق
البراءة من الكفالة بالشرط وقال صاحب البحر في شرحه واراد بالكفالة الكفالة
بالمال احترازا عن كفالة النفس فانه يصح تعليق البراءة منها على تفصيل مذكور
في الخانية حيث قال فيها اذا علق براءة الكفيل بالنفس بشرط فهو على وجوه
ثلاثة في وجه تجوز البراءة ويبطل الشرط نحو ان يكفل رجل بنفس رجل فابراه
الطالب عن الكفالة على ان يعطيه الكفيل عشرة دراهم جازت البراءة ويبطل
الشرط وفي وجه يجوز البراءة والشرط وصورة ذلك رجل كفل بنفس رجل
وبما عليه من المال فشرط الطالب على الكفيل ان يدفع المال الى الطالب ويبراه
عن الكفالة بالنفس جازت الكفالة والشرط وفي وجه لا يجوز كلاهما وصورة
ذلك رجل كفل بنفس رجل خاصة فشرط الطالب على الكفيل ان يدفع اليه المال
ويرجع بذلك على المطلوب فانه يكون باطلا انتهى ولا تجوز الكفالة بما تعذر
استيفاؤه من الكفيل كالحدود والقصاص هذه قاعدة في ضبط ما
لا تصح الكفالة به وانما لم يجز ذلك للاجماع على عدم جريانها في العقوبات ولان
الاستيفاء يعتمد الايجاب عليه والايجاب يعتمد الوجوب عليه وذلك متعذر
لان الوجوب عليه اما اصالة والفرض خلافه واما نيابة وهي لا تجري في
العقوبات اذ المقصود منها الانزجار وهو بالاقامة على النائب لا يحصل قال
في مختصر القدوري كل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تجوز الكفالة به كالحدود

والقصاص وقال صاحب الهداية معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد وتوضيحه
على ما في غاية البيان ان الكفالة بنفس الحد لا تجوز اما الكفالة بنفس من عليه الحد
فتجوز لان الكفالة لتسليم النفس وتسليم النفس لجواب القاضي واجب بخلاف الكفالة
بنفس الحد فانها لا تجوز لان العقوبات لا تجري فيها النيابة لعدم حصول المقصود
اعني الانزجار هذا في الجواز وهل يجب اخذ الكفيل لنفس من عليه الحد والقصاص
قلنا لا وقد سبق من قبل مصرحا في الكتاب انه لا يجبر عند ابي حنيفة على اعطاء
الكفيل بالنفس في حد وقصاص وقد ذكر علاء الدين الاسبيجابي في شرح
مختصر الكافي ان الكفالة بنفس من عليه حد القذف وحد السرقة وبنفس
من عليه القصاص في النفس وما دون النفس جائز وانما الخلاف في الجبر على
اعطاء الكفيل ففي الحدود لا يجبر عليه بالاجماع وفي القصاص لا يجبر عند ابي حنيفة
وعند صاحبيه يجبر وهل تصح الكفالة بالدية ففي القنية الكفالة بالدية
على رواية القدوري تصح اشار في الاصل ان كان لهم حظ في الدية اي لا تصح
انتهى وقال في الخانية لو قال ان قتلك فلان فانا ضامن له لم يصح في قول
ابي حنيفة ويصح في قول محمد ولو قال من قتلك او غصبك من الناس او بايعت من
الناس فلنا لذلك ضامن فهو جائز وقال في البدائع لو قال ان قتلك فلان
او ان شجك فلان او ان غصبك فلان او ان بايعت فلانا فانا ضامن لذلك جاز
ولو قال من قتلك من الناس او من غصبك من الناس او من شجك من الناس
او من بايعت من الناس لم يجز لان جهالة المضمون عنه تمنع صحتها ولا بالاعيان
المضمونة بغيرها كالمبيع بيعا صحيحا فانه مضمون بالثمن لا بالعين بخلاف المبيع بيعا
فاسدا فانه مضمون بالعين وتجوز الكفالة به على ما سيصرح به والمرهون
فانه مضمون بالدين لا بالعين ولا بالامانات كالوديعة والمستعار والمستاجر
ومال المضاربة والشركة ومال اليتيم في يد الوصي لانه امانة اعلم ان الكفالة بالمال
اما بالدين او بالعين فان كان بالدين لا بد ان يكون الدين صحيحا كما تقدم وان
كان بالعين فالاعيان بالنسبة الى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمة الاولية
الى ما هو امانة لا تضمن كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة

والى ما هو مضمون ثم المضمون ينقسم الى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والمرهون والى ما هو
مضمون بنفسه كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة
بالاعيان كلها اما ان يكون بذواتها او بتسليمها فان كان الاول لم تصح الكفالة
فيما يكون امانة او مضمونا بالغير وتصح فيما تكون مضمونا بنفسه عندنا خلافا
للشافعي فعلى هذا لا يجوز الكفالة بالمبيع عن البايع بان يقول الكفيل للمشتري
ان هلك المبيع فعلى بدله لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن ولا بالمرهون لانه
مضمون بالدين ولا بالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة
لانها امانة وتجوز في المبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب
ويجب على الكفيل تسليم العين ما دام قائما وتسليم قيمته عند الهلاك لانها
اعيان مضمونة بعينها وان كان الثاني فما كان مضمونا بغيره كالمبيع اذا كفل
بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن وكالمرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى
الراهن بعد استيفاء المرتهن الدين فيه تجوز الكفالة ويلزم الكفيل احضار
عين المبيع والرهن وتسليمها ولو هلك المبيع قبل التسليم الى المشتري لا شيء على الكفيل
لان العقد قد انفسخ ووجب على البايع رد الثمن والكفيل لم يضمن الثمن وان هلك
الرهن عند المرتهن فكذلك لان عين الرهن ان كان مقدار الدين كان مستوفيا
دينه وان كان زائدا عليه والزيادة امانة في يد المرتهن ولا ضمان فيها وما كان
امانة فان كان غير واجب التسليم كالوديعة والمستعار ومال المضاربة والشركة
ومال اليتيم في يد الوصي فان الواجب فيها التخلية وعدم المنع عند الطلب لا
التسليم لا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه كما لا يجوز بعينها وان كان
واجب التسليم كالمستاجر اذا كفل رجل بتسليمه الى المستاجر كمن استاجر دابة
وعجل الاجرة ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صحت الكفالة ويلزم الكفيل
تسليمها ما دامت حية وان هلكت فليس على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج
الاصيل عن كونه مطالبا بتسليمها وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل به هكذا
في الهداية وحواشيها وذكر في الذخيرة ان الكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح
سواء حصلت الكفالة بعين الرهن او برده متى قضى الدين انتهى ولما كان هذا كان

لرواية الهداية من جواز الكفالة بتسليمه حمله في العناية على اختلاف الروايتين في رواية
الهداية يجوز وفي رواية الذخيرة لا وقال شمس الائمة السرخسي الكفالة بتسليم
العارية صحيحة وقال في العناية ورد عليهم ان شمس الائمة ليس ممن لم يطلع على الجامع
بل لعله قد اطلع على رواية اقوى من ذلك فاختارها قلت الظن هنا لا يغني عن الحق
شيئا وهل تنقلب الكفالة بالامانات الى الصحة بعدما كانت فاسدة في القاعدية
ولو كفل بالامانة ولم يجز ثم صارت الامانة مضمونة هل تعود الكفالة جائزة حتى
يؤخذ به الكفيل اجاب لا الا ان يكون اضاف الكفالة الى سبب الضمان من شخص
معلوم او علقها به نحو ان يقول ان افسد القصار ثوبك هذا ولو ضمن بنفس الثوب
من غير شرط الافساد لا يصح عند ح وعندهما تصح لانه غير مضمون على الاجير
عنده مضمون عندهما انتهى ولا تجوز الكفالة ايضا بدين غير صحيح وقد تقدم
بيان الدين الصحيح ويعلم منه معنى الدين الغير الصحيح كبدل الكتابة لانه دين غير مستقر
لثبوته مع المنافي وهو الرق فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ويجوز سقوطه
بتعجيز المكاتب نفسه وكل دين غير مستقر لا يصح عنه الكفالة لانها للتوثق للمطالبة
والدين الغير المستقر يجوز سقوطه بغير رضى الطالب واختياره فلم يبق للكفالة
فائدة ولان الكفالة لو صحت بها فاما ان يثبت على الكفيل على وجه ثبوته على
الاصيل او مطلقا وكلاهما باطل اما الاول فلانه يثبت على الاصيل على وجه يسقط
عند تعجيز نفسه لانه يرد رقيقا لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك واما
الثاني فلفوات شرط الكفالة وهو الاتحاد في صفة ما وجب بالكفالة
تحقيقا لمعنى الضم المعتبر فيها ونفيا للزيادة على الكفيل حتى لو كان الدين على
الاصيل مؤجلا كان على الكفيل كذلك ولو جيدا او رديا على الاصيل فكذا على
الكفيل واذا ثبت على الكفيل مطلقا لفات الاتحاد وتثبت الزيادة على الكفيل لان
المطلق غير المقيد ويزيد عليه ايضا وذكر في النهاية انه كما لا يجوز الكفالة ببدل
الكتابة عن المكاتب للمولى كذلك لا يجوز الكفالة عنه بدين للمولى سوى بدل
الكتابة على المكاتب على ما في المبسوط والوجه فيه ما ذكر في بدل الكتابة ايضا
من عدم الاستقرار لابتنائه على بدل الكتابة اذ لولاها لم يستوجب المولى على عبده

دينا وكذا لا يجوز الكفالة بالجزية لانها تسقط بالاسلام وكذا لا يجوز الكفالة ببدل
الالتزام بان التزم رجل من رجل مقاطعة ببدل معين وكفل عنه رجل اخر لا تصح
لانه ليس بدين حر كفل به او عبدا اى لا تصح الكفالة ببدل الكتابة سواء كان الكفيل
به حرا او عبدا ذكر هذا دفعا لما توهم من صحة هذه الكفالة اذا كان الكفيل عبدا
وكذا اى لا يجوز الكفالة ببدل السعاية عند الامام ايح لما ذكرناه من عدم الاستقرار
لثبوته مع المنافى لان المستسعى احكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة
وتزوج المراتين لا غير وتنصف الحدود وغيرها من الاحكام المعتبرة فى العبد
وعندهما انه كالحر المديون فتصح الكفالة به عندهما على ما فى الخلاصة ولا بالحمل
على دابة معينة كمن استاجر ابلا معينة للحمل وعجل الاجرة ولم يقبضها وكفل له بالحمل
لم يصح لان الكفيل عاجز عن الحمل على الدابة المعينة لانها ليست فى ملكه والحمل
على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة ولان الواجب على الموجر تسليم عين الدابة
والكفالة بالحمل كفالة على ما لا يجب تسليمه على الاصيل فلا تصح وهذا الوجه
اولى من الاول لانه منقوض بصحة كفالة الاعيان المضمونة بنفسها على ما سبق
لانها ليست فى ملكه قيد بالحمل لانه لو كفل بتسليم الدابة المعينة يجوز كذا فى البحر
وقال فى فتح القدير والحاصل انه ان كان الحمل على الدابة تسليمها فينبغى ان تصح
الكفالة فى المعينة وغير المعينة لان الكفالة بتسليم المستاجر صحيحة ولم يمنع
من كون المستاجر ملكا لغير الكفيل وان كان التحميل ينبغى ان لا تصح فيهما لان التحميل
غير واجب على الاصيل والحق ان الواجب فى الحمل على الدابة معينة او غير معينة
ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والاذن فى تحميلها وهو ما ذكر فى
النهاية من التركيب وما ذكرنا من الحمل عليها ففى المعينة لا يقدر على الاذن فى تحميلها
اذ ليس له ولاية عليها ليصح اذنه الذى هو معنى الحمل وفى غير المعينة يمكنه ذلك
عند تسليم دابة نفسه او دابة استاجرها انتهى او بخدمة عبد معين لما ذكرناه
من الوجهين بخلاف غير المعينين من الدابة والعبد استاجر دابة غير معينة
للحمل او عبدا غير معين للخدمة فكفل رجل بالحمل والخدمة تصح الكفالة لان
المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه وخدمة عبده والاصل

فيه

فيه على ما ذكره فى الخلاصة انه اذا امكن تحصيله من الكفيل تصح الكفالة والا فلا
ففى المعينة لا وفى غير المعين نعم فيها قال فى فتاوى الانقروى نقلا عن الخانية
ويجوز الكفالة والرهن بالخراج والنوائب التى يكون بحق ذكره فى الهداية ويرجع
على الاصيل ان كانت الكفالة بامره وكذا الجبايات والمصادرات السلطانية
فى الصحيح وفى الكافى للنسفى قيل المراد بالخراج الموظف وهو فى كل جريب من
الارض قفيز لا المقاسمة وهو ما يعين عليه من ربع الخارج من الارض او خمسه
الى نصفه لانه عين لا يثبت فى الذمة فلا يمكن فيها الكفالة واما النوائب الحقة
ككرى النهر المشترك واجر حارس بلد من بلاد الاسلام من الاعداء وما وظف
الامام لتجهيز الجيوش وتعمير الجسور والقناطير ونحوها عند خلو بيت المال
عن المال لان كلا منها دين مطالب ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب الكفالة
عليه وتوثيق استيفاء بالرهن كما فى سائر الديون انتهى وسياتى بيانه فى
الكتاب ايضا ولا عن ميت مفلس اى مات مديون مفلس ولا كفيل على دينه
وكفل عنه بدينه انسان وارثا كان او اجنبيا لم تصح الكفالة عند ايح خلافا لهما
وهو قول مالك والشافعى واحمد لاطلاق قوله عم الزعيم غارم ولما روى ان
النبى عم اتى بجنازة ليصلى عليه فقال عم فهل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان
او دينا ران فامتنع عن الصلوة عليه وقال صلوا على صاحبكم فقام على
او ابو قتاده وقال هما على يا رسول الله فصلى رسول الله عم ولانه كفل بدين
صحيح ثابت فى ذمة الاصيل فتكون صحيحة وهذا لانه وجب لحق الطالب
فلا يسقط الا بابراء الطالب او بالاداء او بفسخ سبب الوجوب ولم يوجد شئ
من ذلك على ما هو المفروض فلا يسقط ولهذا يبقى فى حق احكام الاخرة ولو
تبرع به انسان صح ولو انتفى بالموت لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع ولابح
ان الدين فعل اختيارى لصحة اتصافه بالوجوب يقال الدين واجب مثل صلوة
واجبة فيقتضى القدرة على الاداء والقدرة انما تكون بنفسه او بخلفه وقد
انتفتا بانتفائها لكونه مفلسا فانتفى الدين ضرورة والكفالة عن الساقط
لا يصح وما قيل اتصاف الدين بالوجوب يقتضى قيام العرض بالعرض وذلك

غير جائز عند اهل السنة مندفع بانه امر اعتبارى لا صفة حقيقية حتى يمنع قيامه
بالعرض فان قيل المال قد يتصف بالوجوب ايضا يقال المال واجب فكيف يصح الاستدلال
بصحة الاتصاف بالوجوب على فعلية الدين قلنا اتصاف المال بالوجوب لكون
الدين في الحكم مالا لان اداء الدين لا يتحقق الا بتمليك طائفة من المال فوصف
المال بالوجوب لكون الاداء الموصوف به يؤول اليه فكان وصفا مجازيا وقوله
عم الزعيم غارم انما يدل على ان الكفيل يغرم ما كفل به والكلام في كفيل الميت
المفلس هل هو زعيم ام لا وحديث الجنازة يحتمل ان يكون ذلك من علي او ابي قتادة
اقرارا بكفالة سابقة ويحتمل ان يكون وعدا بالتبرع ونحن نقول به وهو انهم
ولو تبرع به انسان قلنا صحة التبرع لا يعتمد قيام الدين فان من قال على فلان
الف درهم وانا به كفيل صحت الكفالة وعليه اداؤه وان لم يوجد الدين اصلا
انما قال عن ميت مفلس لانه لو كفل في حيوته ثم مات مفلسا لم تبطل الكفالة
كما لو كان به رهن ثم مات مفلسا لا يبطل الرهن ولا بد من قبول الطالب في المجلس
عند ابي ح ومحمد وقال ابو يوسف في قوله الاخر يجوز مع غيبته عن المجلس اذا بلغه
خبر الكفالة فاجاز حين بلغ وفي رواية عنه لم يشترط الاجازة وجه الرواية
الاولى على ما تقدم في نكاح الفضولي جعل كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف
على ما وراء المجلس اذ لا ضرر في هذا التوقف على احد ووجه الرواية الاخرى
انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم كالاقرار والنذر وقد يمنع كون هذا تصرف
التزام فقط مستندا بانه عقد تبرع كالهبة والصدقة فيتوقف على القبول
فان قال المريض لوارثه تكفل عني بما علي اي من الدين فكفل مع غيبة الغرماء جاز
اي استحسانا اتفاقا فهذا كالاستثناء عما سبق من قول الامامين والقياس
عدم جوازها ايضا لما ان الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان
الصحيح لو قال ذلك لوارثه او لاجنبي لم يصح فكذا المريض ووجه الاستحسان
امران احدهما ان ذلك القول من المريض وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم تسم
المكفول لهم وقد تقدم ان جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قالوا انما تصح
هذه الكفالة اذا كان له مال عند الموت فيصح لمعنى الوصية واذا كان في معنى الوصية

لا يشترط القبول في المجلس والثاني ان المريض يقام مقام الطالب ههنا ضرورة احتياجه
الى قيامه مقامه لتفريغ ذمته عنه فصار كان الطالب قد حضر بنفسه وقال للوارث
تكفل عن ابيك لي فان قيل قيام المريض مقام الطالب وحضوره ليس محل النزاع وانما ذلك
اشتراط القبول وهو ليس بشرط ههنا اجيب عنه في الهداية بان ذلك انما يصح بهذا
اللفظ اعني تكفل عني بما علي من الدين بلا شرط القبول لان المريض يريد بقوله تكفل
عني تحقيق الكفالة لا المساومة نظرا الى ظاهر حالته التي هو عليها فصار كالامر بالنكاح
كقول الرجل لامراة زوجيني نفسك فقالت زوجت فان ذلك بمنزلة قولها زوجت
وقبلت ولو قال له اي لو قال المريض ذلك اللفظ لاجنبي اختلف فيه المشايخ فمنهم
من لم يصحح ذلك لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحيوة ولا بعد
الموت بدون الالتزام والقبول كما لو قال ذلك الصحيح لاجنبي او لوارثه ومنهم من
يصحح لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع
في تركته فيصح هذا من المريض على طريق الوصية او على ان يجعل قائما مقام
الطالب لضيق الحال عليه بمرض الموت كما تقدم ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح
فتركناه على القياس وتجوز الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها كالمقبوض على
سوم الشراء والمغصوب والمبيع بيعا فاسدا وبتسليم المبيع الى المشتري اي تجوز
الكفالة بتسليم المبيع بيعا صحيحا الى المشتري قبل قبضه بعد نقد الثمن وقد تقدم
من قبل وبتسليم المرهون اذا كفل عن المرتهن بتسليمه الى الراهن بعد استيفاء
المرتهن الدين وبتسليم المستاجر اسم مفعول اذا كفل بتسليمه الى المستاجر
لقدرة الكفيل على تسليمها وتجوز بالثمن ايضا لانه دين صحيح مضمون على المشتري
فيصح تسليمه اطلق الثمن ولا بد ان يستثنى ثمن المبيع بالبيع الفاسد فانه لا يصح
الكفالة به لما في البحر انه لو كفل بالثمن ثم ظهر فساد البيع رجع الكفيل بما دفعه
ان شاء على البائع وان شاء على المشتري وان فسد بعد صحته بان الحقا
به شرطا فاسدا فالرجوع للمشتري على البائع ويستثنى من الثمن ايضا ما
اشترى به صبي محجور عليه فكفل به رجل او كفل بالدرك بعد ما قبض
الصبي الثمن لم يصح الكفالة بكونه كفل بما ليس بمضمون على الاصيل كذا في البحر

وقال في الفصل التاسع والعشرين من العمادية الوكيل بالبيع اذا ضمن الثمن للبايع عن المشتري
لا يجوز ولو ادى بحكم الضمان يرجع ولو ادى بغير ضمان جاز ولا يرجع ذكر في المحيط
هشام سألت محمدا عمن قال لغيره بع من هذا العبد المحجور متاعا وانا ضامن لثمنه
فباعه متاعا قال لمحمد ما حال المتاع قلت قبضه واستهلكه قال لا يضمن لانه
ضمن الثمن ولا ثمن عليه لان البيع فاسد فاسد انتهى وقال فيه ايضا من شرائط
جواز الكفالة كون المكفول به مضمونا على الاصيل بحيث يجبر على تسليمه والثمن في
البيع الفاسد غير مضمون على الاصيل فلا يصح الكفالة به قال في الفصولين
قال لغيره بع من هذا العبد المحجور متاعا وانا ضامن من ثمنه فباعه وقبضه
واتلف لم يضمن اذ ضمن الثمن ولا ثمن عليه لفساد البيع ولو قال ما بايعته من
درهم الى مائة فانا ضامن له فباعه ثوبا قيمته خمسون بمائة وقبضه واستهلكه
ضمن قيمة الثوب هكذا ذكره العلامة صدر الاسلام ثم قال معترضا عليه
وقوله انا ضامن له مخالف لقوله انا ضامن للثمن انتهى اقول لا مخالفة لانا
لا نسلم انه معنى قوله انا ضامن له انا ضامن للثمن كيف وقد صرح انه ضمن قيمة الثوب
وكذا يصح تسليم المستعار على ما ذكره محمد في الجامع وانما تركه لعله بناء على ما
قاله الامام السرخسي من ان الكفالة بتسليم المستعار باطلة لكنهم قالوا هذا
القول منه ليس بصواب وقد ذكرناه من قبل **فصل** ولو دفع الاصيل المال
الى كفيله قبل دفع الكفيل الى الطالب لا يسترده الاصيل منه اي من الكفيل سواء
كان الدفع اليه على وجه الاقتضاء بان دفعه اليه وقال اني لا امن ان يأخذ
الطالب منك حقه فخذها قبل ان تؤدي فقبضه او على وجه الرسالة بان
يقول للكفيل خذ هذا وادفعه الى الطالب ففي الوجهين لا يسترده اما في الاول
فلانه تعلق حق القابض اليه على احتمال قضائه الدين فلا يبطله بالاسترداد
ما دام هذا الاحتمال باقيا كمن عجل الزكوة ودفعها الى الساعي فانه ليس له ان
يستردها لتعلق حق الساعي اليها واما في الثاني فلانه تعلق من حق الطالب
فلا يبطله بالاسترداد ولكن الكفيل لا يملكه ههنا لانه قبضه من الاصيل على
وجه الرسالة فيكون امانة في يده بخلاف الاول فانه يملكه فيه هذا في دفع

الاصيل الى كفيله بقي الامر فيما اذا دفع المطلوب المال الى كفيله ليؤديه الى الطالب فهل له
ان يسترده من الكفيل قبل دفعه الى الطالب ام لا ففي البحر انه ان كان كفيلا بامره
ليس له ان يسترده لانه لا يملك الاسترداد وان كان لا بامره فله ان يسترده
انتهى اطلق في عدم الاسترداد ولا بد ان يقيده بما اذا لم يؤد الاصيل قبل اداء
الكفيل فانه يسترده على ما صرح به في الخلاصة حيث قال وليس للكفيل ان
يطالب المكفول عنه بالمال قبل اداء الدين وان كانت الكفالة بالامر فلو طالب
مع هذا واداه ثم اراد ان يسترده ليس له ذلك فلو ادى المكفول عنه فالان
يسترده انتهى وما ربح فيه اي فيما قبضه على وجه الاقتضاء الكفيل فله اي يطيب
له ذلك الربح لانه ملكه بالقبض على وجه الاقتضاء حين قبضه فيكون الربح حاصلا
في ملكه فيطيب له هكذا ذكره في العناية وقال وانما قلنا انه ملكه حين قبضه
لان قضاء الدين اما ان حصل من الكفيل او من الاصيل فان كان الاول فظاهر لانه
قبض ما وجب له فيملكه من حين قبضه لكن قبض الدين المؤجل معجلا وان كان الثاني
فلانه وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل انتهى ولم يعلم
ما وجب للكفيل على المكفول عنه انه المطالبة او الدين ومراده المطالبة لا الدين
على ما صرح به في الرد على صاحب النهاية حيث قال في النهاية في وجه الثاني
وذلك لان الكفالة توجب دينين دينا للطالب على الكفيل ودينا للكفيل على
المكفول عنه لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل الى وقت الاداء من حيث
تاخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه الى ما بعد الاداء ولهذا لو اخذ الكفيل
من الاصيل رهنا بهذا المال صح بمنزلة ما لو اخذ رهنا بدين مؤجل ولو ابرأ الكفيل
الاصيل قبل الاداء الى الطالب عن الدين او وهبه منه يجوز حتى لو اداه الكفيل
الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الاصيل انتهى وقال في العناية ردا عليه
وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهرا ولكن لا يوافق ما تقدم من ان الصحيح ان
الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة فانه على هذا التقدير الكفالة توجب
للكفيل على الاصيل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الاصيل من المطالبة الا
ان مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل لتأخرت الى وقت الاداء فنزل ما وجب

للكفيل على الاصيل من المطالبة منزلة الدين المؤجل انتهى ولا يتصدق به اى لا يجب عليه
التصدق بذلك الربح سواء كان قضاء الدين من الكفيل او من الاصيل اما على الاول
فلانه حصل في ملكه ولا خبث فيه اصلا اتفاقا واما على الثاني فلانه وان كان
فيه نوع خبث على ما سياتى في مسئلة الكفالة بالبر الا ان الخبث مع الملك
لا يعمل فيما لا يتعين واما اذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له عند ابى ح
ومحمد لانه ربح من اصل خبيث وعند ابى يوسف يطيب لان الخراج بالضمان بتى يستحق
الغلة بسبب انه ضمنه واصل هذا ان المودع اذا تصرف في الوديعة وربح فانه على
هذا الاختلاف ورده اى الربح الى المطلوب اى المكفول عنه فيما اذا قضى المكفول عنه
بنفسه احب اذا كان المدفوع الى الكفيل من المكفول عنه شيئا يتعين كالبر يعنى
اذا قبضه الكفيل من الاصيل على وجه الاقتضاء او تصرف فيه قبل ان يؤدى الى
الطالب وربح فالربح له قضاء لانه كان في ملكه على ما مر لكنه قال ابو ح رده
الى المطلوب احب وان لم يجب عليه في الحكم وهذا رواية الجامع الصغير عن ابى ح
خلافا لهما قالا لا يتصدق بالربح ولا يرده الى المطلوب بل هو له وهو رواية
كتاب البيوع عن ابى ح وفي رواية كتاب الكفالة عنه ان الربح لا يطيب له ويتصدق
به وجه قولهما انه ربح في ملكه حين قبض على ما ذكرناه ومن ربح في ملكه
سلم له الربح ووجه رواية كتاب الكفالة انه تمكن الخبث مع الملك بوجهين احدهما
ان الربح كان حاصلا في ملك متردد بين ان يقر وان لا يقر لان الاصيل بسبيل
من الاسترداد على تقدير ان يقضى البر بنفسه والملك المتردد قاصر ولو عدم الملك
اصلا كان الربح فيه خبيثا ففي القاصر شبهة الخبث والثاني انه انما رضى بكونه ملكا
للكفيل على اعتبار قضائه فاذا قضاه الاصيل بنفسه لم يكن راضيا به فتمكن الخبث
والخبث مع الملك يعمل فيما يتعين على ما تقدم في البيوع الفاسدة والبر مما يتعين
فسبيله التصدق ووجه رواية الجامع الصغير ان الخبث لحق الاصيل لاعتبار
قضائه بنفسه فاذا رد اليه وصل الحق الى مستحقه وهذه الرواية اصح على ما في
الهداية لكون الحق للاصيل لكنه استحباب لا جبر فيه فاذا رد عليه فان كان
فقيرا يطيب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه ان يطيب له على المختار

فخر الاسلام هذا كله فيما اذا قبضه على وجه الاقتضاء واما اذا قبضه على وجه الرسالة
فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند ابى يوسف يطيب وعندهما لا يطيب
على ما في العناية وقيل لا يطيب بالاتفاق ولو امر الاصيل كفيله ان يتعين عليه
ثوبا اى ان يشترى له ببيع العينة ثوبا هكذا فسر لكنه قال في المغرب لم اجده وفسر
العينة بالنسيئة وقال في المصباح والعينة بالكسر السلف يقال اعتان الرجل
اشترى الشيء بنسيئة والاسم العينة بالكسر وفسرها الفقهاء بان يبيع الرجل
متاعه الى اجل ثم يشتريه في المجلس بثمن حال ليسلم به من الربوا وقيل لهذا البيع
عينة لان مشترى السلعة الى اجل ياخذ بدلها عينا اى نقدا حاضرا وذلك حرام
اذا اشترى المشترى على البايع ان يشتريها منه بثمن معلوم فان لم يكن بينهما شرط فاجازها
الشافعى لوقوع العقد سالما عن المفسدات ومنعها بعض المتقدمين وكان
يقول هى اخت للربوا فلو باعها المشترى من غير بايعها في المجلس فهى عينة ايضا
لكنها جائزة بالاتفاق انتهى ما في المصباح وما نقله من الفقهاء مخالف لتفسير
صاحب الهداية فانه فسره بان يستقرض من تاجر عشرة دراهم ويبيع منه ثوبا
يساوى عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المشترى المستقرض
بعشرة ويتحمل خمسة فانه سمى هذا البيع عينة لما فيه من الاعراض عن الدين
الى العين وهو مكروه لان فيه الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة للبخل
الذى هو مذموم وللعينة صورة اخرى ذكرها في حواشى الهداية وغيرها
ففعل الكفيل ذلك فالثوب للكفيل لا للاصيل لان هذا العقد اما كفالة فاسدة
بناء على كلمة على فانها كلمة ضمان لكنها فاسدة لان الضمان والكفالة انما يصح
بما هو مضمون على الاصيل والخسران ليس بمضمون على احد فلا يصح ضمانه مثل
رجل قال لاخر بع متاعك على ان كل خسران يصيبك فانا ضامن لك فانه ليس
بصحيح واما وكالة فاسدة بناء على قوله تعين يعنى اشتر لى ثوبا بعينة ثم بعه
بالنقد باقل منه واقض دينى وهذا لان الثوب والثمن غير معلوم المقدار
فيفسد الوكالة فاذا فسد كل من الكفالة والوكالة كان الثوب المشترى
للمستقرض المشترى وهو الكفيل والربح الذى ربحه البايع بيع عينة عليه اى على

الكفيل لا على الاصيل لانه هو العاقد ومن كفل لاخر عن غريمه بما ذاب اى وجب له اى
لاخر على غريمه او بما قضى به له عليه اى على غريمه فغاب الغريم فبرهن الطالب على الكفيل
بان له على الغريم الفا لا يقبل برهانه حتى يحضر المكفول عنه لان قوله يعتمد صحة
دعواه وهى غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به لان المكفول به اما مال مقضى به على
الاصيل له لا له ما قضى وما ذاب عليه ودعواه مطلق عن ذلك فلا مطابقة
بينهما وانما قال يقضى به يجعل لفظ الماضى بمعنى المستقبل فلا مطابقة ايضا للاطلاق
والتقييد فى الدعوى والمكفول به كذا فى العناية وقال بعضهم فى تعليل هذه
المسئلة ان المكفول به مال يقضى به على الكفيل لان هذا لفظ ماض اريد به المستقبل
كما فى اطال بقاك ودعوى المدعى على الكفيل غير مقيدة بكون المال واجبا على الاصيل
بعد الكفالة بل يحتمل ان يكون بعدها وان يكون قبلها فلا يدخل تحت الكفالة
بالشك هكذا ذكره فى البحر وقال وحاصله انه قضاء على الغائب وهو الاصيل
من غير خصم عنه وجزمهم بها بعدم القبول ينبغى ان يكون على الرواية الضعيفة اما
على اظهر الروايتين المقضى به المفتى به من نفاذ القضاء على الغائب فينبغى النفاذ ولم ار
من نبه عليه ههنا انتهى قلت قد نبه عليه الفاضل يعقوب باشا فى حاشية الصدر
الشريعة حيث قال فيها وفيه ان القضاء على الغائب صحيح فى مثل هذه المسئلة قال فى
العمادى اذا ادعى رجل انه كفل من فلان بما يذوب له عليه فاقر المدعى عليه الكفالة
وانكر الحق واقام المدعى بينة انه ذاب على فلان كذا فانه يقضى به فى حق الكفيل
الحاضر وفى حق الغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وانكر لا يلتفت الى انكاره انتهى
كلام ذلك الفاضل قلت انما صح القضاء فى مسئلة العمادى لوجود المطابقة فيها
ونحن نقول به بعد وجود المطابقة ولهذا قال فى العناية لو ادعى على الكفيل ان قاضى
بلدة كذا قضى له على الاصيل بعد عقد الكفالة بالف درهم واقام على ذلك بينة قبلت
بينته لوجود المطابقة ح انتهى بخلاف ما نحن فيه حيث لا مطابقة فيه فلم يقبل بينته
وقد نص فى معراج الدراية على ان عدم القبول ههنا لكونه قضاء على الغائب حيث
قال فى تعليلها لانه لو كفل بما قضى له على الاصيل فما لم يصر المال مقضيا به على المكفول عنه
لا يكون الكفيل كفيلا فلا يكون خصما ولا يمكن القضاء على الاصيل بهذه البينة حال غيبته.

لانه

لانه يكون قضاء على الغائب وهو لا يصح عندنا واحمد ويصح عند الشافعى ومالك ولذلك
توقف قبول البينة والقضاء على المكفول عنه الى ان يحضر حتى يكون الكفيل بالدين المقضى به
على الاصيل كما شرط فى عقد الكفالة الا ترى انه لو اقر الكفيل على الاصيل بمال الطالب
لا يلزمه اذا حضر الاصيل واذا حضر الاصيل وقضى عليه ح يلزم الكفيل انتهى ولو برهن
ان له على زيد الفا وهذا كفيله بامره قضى به اى بالالف عليهما اى على الحاضر والغائب
جميعا لان المكفول ههنا مال مطلق عن التقييد بكونه مقضيا به او يقضى به فيطابق
الدعوى للمدعى به فتقبل بخلاف ما سبق على ما مر ولو ادعى كفالته بلا امره قضى
على الكفيل فقط لا على الغائب وينبغى ههنا بيان ثلاثة فروق ذكر المص منها اثنين
احدها الفرق بين المسئلة المتقدمة اعنى الكفالة بما ذاب وبما قضى وبين المسئلة
الثانية اعنى انه كفل بامره حيث لم تقبل البينة فى الاولى وقبلت فى الثانية وقد عرفت
الفرق بينهما والثانى الفرق بين المسئلة الثانية والمسئلة الثالثة حيث قضى
فى الثانية عليهما معا وفى الثالثة على الكفيل فقط ووجه الفرق هنا ان الكفالة
بامره تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء وانتهاء وكل ما كان كذلك
فهما غيران لا محالة واذا ثبت ذلك فدعواه احدهما لا يقضى له بالاخر لان الحاكم انما
يقضى بالسبب الذى يدعيه المدعى الا يرى انه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له
القضاء بالهبة وان كان حكمهما واحدا وهو الملك فاذا ادعى المدعى الكفالة بالامر
وقضى بها ببينة ثبت امره بالحجة الكاملة والامر بالكفالة يتضمن الاقرار بالمال فيصير
مقضيا عليه فلو حضر الغائب بعد ذلك لا يحتاج الى اقامة البينة عليه واذا
ادعاها بغير امره فانها لا تمس جانب الغائب اذ ليس من ضرورة وجوب المال
على الكفيل وجوبه على الاصيل لان صحة الكفالة بغير امر يعتمد قيام الدين فى زعم الكفيل
فلا يتعدى منه الى الاصيل ولهذا لو قال لفلان على فلان الف درهم وانا به كفيل
وجب المال عليه وان لم يجب على الاصيل شئ والفرق الثالث هو الفرق بين المسئلة
الثالثة فيما نحن فيه وبين ما اذا ابهم فادعى على رجل انه كفل له على فلان بكل مال
له قبله ولم يفسر واقام على ذلك بينة وان له على الغائب الف درهم كانت له قبل
الكفالة فانه يقضى بها على الكفيل والاصيل سواء ادعى الكفالة بامره او بغير امره

ووجه هذا الفرق ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب اذا لم يمكن اثبات ما يدعى على الحاضر
الا باثبات ما يدعى على الغائب و الكفالة اذا كانت بمعلوم امكن القضاء عليه بدون
القضاء على الاصيل لانه معلوم بذاته واذا كانت بمجهول لا يصح ما لم يكن على الاصيل لان
المجهول يحتاج الى التعريف و التعريف انما يحصل بما كان على الاصيل فيصير كانه قال
ان كان لك على فلان مال فانا به كفيل فاثبته المدعى وضمان الدرك بفتحتين وبسكون
الراء ايضا لغة على ما في المصباح اى التبعة و الاستحقاق للمبيع للمشترى عند البيع
تسليم اى تصديق من الكفيل بان المبيع ملك البايع يبطل من الابطال دعوى الضامن
اى الكفيل المبيع بعد ذلك يعنى من باع دارا وكفل عنه رجل للمشترى بالدرك اى رد
الثمن عند استحقاق المبيع فهو تصديق من الكفيل بان الدار ملك ملك البايع فلو ادعى
الدار بعد ذلك لنفسه على المشترى لا تسمع دعواه لان الكفالة اما ان تكون
شرطا في البيع او لا فان كان شرطا بان باع بشرط الكفالة بالدرك وهو شرط
ملايم للعقد فتمام البيع انما يكون بقبول الكفيل فصار كانه هو الموجب للعقد
فالدعوى بعد ذلك منه سعى في نقض ما تم من جهته وهو باطل ولهذا لو كان
الكفيل شفيعا بطلت شفعته و بطلان السعى في نقض ما تم من جهته من مسلمات
هذا الفن حتى لا يقبل الشك بالاقالة بانها صحيحة و ان كان طلبها سعيا في نقض
ما تم من جهته لان المراد بالنقض هنا ما يكون بغير رضاء الخصم و الاقالة ليست كذلك
بل هي فسخ لا نقض لكن يرد عليه ما ذكره في الحادى عشر من بيوع الخلاصة رجل
اشترى عبدا و قبضه و نقد الثمن ثم ادعى ان البايع باعه قبل ذلك من فلان الغائب
بكذا قبلت بينته وكذا ان وهب جارية من انسان فاستولدها الموهوب له ثم
اقام الواهب بينة انه كان دبرها او استولدها قبلت بينته ويرجع على الموهوب له
بالجارية و العقر انتهى وكذا يرد عليه ما ذكره في بيوع قاضيخان لو ادعى المشترى
ان المبيع حر تسمع دعواه ولو باع ارضا ثم ادعى انه كان وقفها او انها وقف فبينته
مقبولة و دعواه مسموعة مع ان فيها نقض ما تم من جهته و الجواب ان هذه
المسائل مستثناة من هذه الضابطة على ما صرح به في الخلاصة حيث قال من
سعى في نقض ما تم من جهته لم يعتبر الا في موضعين ثم ذكر المسئلتين المذكورتين انفا

لكن حصر الاستثناء على المسئلتين ليس على ما ينبغي والاستثناء لا يضر كونها من المسلمات
تامل وان لم يكن شرطا فيه يكون المراد بالكفالة احكام البيع و ترغيب المشترى
لاحتمال ان لا يرغب المشترى في شراء المبيع مخافة الاستحقاق فتكفل تسكينا لقلبه
فصار كانه قال اشتر هذه الدار ولا تبال فانها ملك البايع فان ادركك درك فانا
ضامن وذلك اقرار بملك البايع لا يصح دعواه بعد ذلك وكذا اى تسليم لو كتب شهادته
وختم على صك و ذلك على ما نقل عن شمس الائمة الحلوانى بان كتب اسمه في الصك وجعل
اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجرى فيه التزوير والتبديل
قيل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا فان
الحكم لا يتفاوت بين ان يكون فيه ختم او لا كتب فيه اى في الصك باع ملكه او بيعا
باتا يعنى لو كتب في الصك باع فلان ملكه و الشاهد يشهد بذلك فانه تسليم لان
الكتابة على هذا الوجه يوجب صحة البيع و نفاذه اما الاول فظ و اما الثانى فلان
البيع لا يكون باتا الا في الملك فلا يصح دعوى الشاهد بعد ذلك بخلاف ما لو كتبها
اى الشهادة على اقرار العاقدين الملك فانه ليس بتسليم من الشاهد و ان كان المكتوب
في الصك ما يدل على الصحة و النفاذ و بخلاف ما اذا كتب في الصك باع فلان
او جرى البيع بين فلان و فلان و يشهد فلان البيع لان الشهادة على هذا الوجه
لا يكون شرطا في البيع لعدم الملاءمة ولا هي باقرار بالملك لان البيع تارة يوجد
من المالك واخرى من غيره فالشهادة على انه باع لا يكون اقرارا بانه باع ملكه وكذا
الشهادة على اقرار المتعاقدين فان ادعى الشاهد بعد ذلك لنفسه يسمع دعواه
وتقبل شهادته لغيره ايضا وضمان الوكيل بالبيع الثمن للموكل الجار متعلق بالضمان
باطل لاستلزامه كون الشخص ضامنا لنفسه وكذا ضمان المضارب الثمن لرب المال
لما ذكرناه واعلم ان من يرجع اليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب
بالعقد وهو المراد بالضمان هنا لان المطالبة يرجع اليه بلا التزام ولو التزمها لزم
ان يكون الشخص الواحد مطالبا و مطالبا في العقد الواحد وذلك باطل فمن وكل
رجلا ببيع ثوب ففعل وضمن له الثمن او باع المضارب من المتاع شيئا وضمن لرب
المال الثمن فالضمان باطل فيهما لان المطالبة في العقد اليهما لرجوع حقوق العقد اليهما

حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء يكون بارا في يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شيء
كان حانثا فلو ضمنا الثمن فقد التزما المطالبة فيلزم ان يكون الشخص الواحد مطالبا
ومطالبا في العقد الواحد ولان المال امانة في ايديهما ولو صح ضمانهما لزم ان يكون
الامين ضمينا وذلك باطل وصار كاشتراط الضمان على المودع والمستعير فانهما
لو ضمنا الوديعة والعارية لا يصح ضمانهما لانهما اجنبيان ولو صح ضمانهما لزم انقلاب
الامين ضمينا وكذا اي يبطل ضمان احد الشريكين حصة شريكه من ثمن ما باعاه صفقة
واحدة لانه ان كان ضامنا بحصته شايعا لزم ان يكون ضامنا لنفسه فيكون
مطالبا ومطالبا فيكون باطلا وعلها تقدم وان كان ضامنا بحصته مفرزا لزم
قسمة الدين قبل قبضه وذلك باطل ايضا لان القسمة افراز وذلك اما ان يكون
حسا او بوصف متميز وكلاهما فيما في الذمة من الدين غير متصور ولان ما يستحق
بنصيب احدهما من الثمن فللاخر ان يشاركه فيه اذا كان مالا ولهذا ان احدهما
لو اشترى بنصيبه منه شيئا كان للاخر ولاية المشاركة فلو صح الضمان فما يؤديه
الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على الشريك
فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع عليه الرجوع ويصير كانه ما ادى
الا البلاقي فكان ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى ما لا يتجزى فيكون باطلا
وصح اي الضمان لو باعا بصفقتين بان يسمي كل واحد منهما ثمنا لنفسه ثم ضمن
احدهما الاخر بنصيبه فانه صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الاخر لانهما
لا شركة ثمة لتفرق الصفقة ولهذا كان للمشتري ان ياخذ نصيب احدهما ويرد
الاخر بخلاف ما اتحد فيه الصفقة قال في الدرر اذا كفل احد الشريكين
لصاحبه بنصيبه من الدين لم يجز لانه لو انصرف الى نصيبه يكون قسمة الدين
وهو باطل ولو انصرف الى الشايع يكون ضامنا لنفسه فلو قضى بحكم الضمان
له ان يسترد للاداء بعقد فاسد ولو ادى متبرعا جاز لان التبرع لا يتم بالقبض
وبه يصير عينا ونصيب شريكه لصيرورته عينا بفعله ولو عليهما دين لاخر بان اشتريا
عبدا بالف وكفل كل عن الاخر جاز لعدم المانع ولم يرجع على شريكه الا بما ادى
زائدا على النصف انتهى وفي الفصولين لهما دين مشترك على اخر فضمن احدهما نصيب

صاحبه لم يجز فيرجع بما ادى بخلاف ما لو اداه فعلم من هنا الفرق بين ما عليهما من الدين
وبين ما لهما على اخر منه وضمان الدرك قد تقدم معناه والخراج قيل المراد به الخراج
الموظف لا المقاسمة على ما تقدم ايضا قبيل الكفالة بالمال لكنه قال في البحر اطلاقه
ليشمل الخراج الموظف والمقاسمة وخصصه بعضهم بالموظف ونفى صحة الضمان بخراج
المقاسمة لانه لا يمكن دينا في الذمة انتهى واطلاق الخلاصة والبزازية يوافق ما
قاله في البحر من الشمول حيث قالا لو كفل بالخراج يصح بالاجماع ولا يبطل بالموت
لان الكفالة بالمال لا تبطل بالموت بل يلزم المال من تركة الكفيل كذا في واقعات
الناطفي ويجوز الرهن بالخراج دون الدرك على ما في البحر والقسمة صحيح اما صحة
ضمان الدرك فلان العرف جار فيه فوجب العمل به كذا في العناية قبيل باب
كفالة الرجلين واما ضمان الخراج فلانه دين صحيح تصح الكفالة بها وهذا يقتضي
التخصيص بالخراج الموظف واما القسمة ففيها على ما ذكره الفقيه ابو جعفر الهندواني في
ان احد الشريكين اذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع الاخر عن ذلك فضمن انسان
ليقوم مقامه في القسمة فانه جاز لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناها
اذا اقتسما ثم منع احد الشريكين قسم صاحبه وضمنه انسان ولفظ المص يا باه
لانه وقع فيه بالتاء وعلى ما ذكره هذا يقتضي ان يكون بالضمير لا بالتاء وقال
بعضهم المراد بالقسمة هي النوائب بعينه وكلام المص يا باه ايضا لانه ذكر فيما بعد
النوائب وكذا يصح ضمان النوائب جمع نائبة بمعنى نازلة يقال نابه امر اصابه على ما
في المصباح وقال في المغرب نوائب المسلمين ما ينوبهم من الحوائج كاصلاح القناطير
وسد البثوق انتهى والفرق بين المعنيين ان ما في المصباح ظاهر فيما يكون بحق
وما في المغرب ظاهر فيما يكون بغير حق وكلاهما مراد هنا على ما سيأتي مصرحا
وقال في العناية اما النوائب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق
والاول ككري الانهار المشتركة واجر حارس المحلة وما وظف الامام لتجهيز الجيش
وفداء الاسارى بان احتاج الى تجهيز الجيش لقتال المشركين او الى فداء اسارى
المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف مالا على الناس لذلك والضمان فيه جائز
بالاتفاق لوجوب ادائه على كل مسلم اوجبه الامام عليه لوجوب طاعته فيما يجب

النظر للمسلمين والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي تاخذها الظلمة في زماننا ظلما
كالفتح ففيه اختلاف المشايخ قال بعضهم لا يصح الضمان بها لان الكفالة شرعت لالتزام
المطالبة بما على الاصيل شرعا وليس عليه شيء شرعا ههنا وقال بعضهم يصح واختاره
فخر الاسلام وفي الخلاصة وعلى قول عامة المشايخ لا يصح ضمان الجباية وقال
فخر الاسلام واما النوائب فنوعان ما يلحقه من جهة السلطان من حق او باطلا وغير
ذلك مما ينوبه بصحة الكفالة بها لانها ديون في حكم توجه المطالبة بها والعبرة
في الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه
النوائب على المسلمين بالقسط والمعادلة كان ماجورا وان كان اصله من جهة
الذي ياخذ باطلا ولهذا قلنا ان من قضى نائبة غيره يرجع به عليه من غير
شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع هذا وفي العناية نقلا عن شمس الائمة
ان ما ذكره فخر الاسلام من صحة الرجوع من غير اشتراطه اذا امره به لا عن اكراه
اما اذا كان مكرها في الامر فلا يعتبر امره في الرجوع قلت ويؤيد هذا ما ذكره
في الخلاصة نقلا عن النوازل لجماعة طمع الوالي ان ياخذ منهم شيئا بغير حق
فاختفى بعضهم وظفر الوالي ببعضهم فقال المختفون للذين وجدهم الوالي لا تطلعوه
علينا وما اصابكم فهو علينا بالحصص فلو اخذ الوالي منهم شيئا فلهم الرجوع
انتهى فانه ظاهر فيما ذكره عن شمس الائمة والى ما ذكرنا من التفصيل في معنى النوائب
اشار بقوله سواء كانت بحق ككري النهر المشترك او اجرة الحارس اي حافظ المحلة
وغيرها مما ذكرناه وكفالة هذه النوائب جائزة بالاتفاق على ما ذكرناه او بغير
حق كالجبايات واختلف في صحة الكفالة بها على ما تقدم انفا يقال جبى الخراج
جمعه والمراد بها ههنا هي المال التي ياخذه الظلمة في زماننا ظلما ومن هذا القبيل
ما وضعه الامام في دور بعض البلاد من المقاطعات والمقابلات المعينة
في كل سنة اذ لا شيء في الدار المملوكة ولو لذمي على ما تقدم في باب زكوة
الخارج وضمان العهدة باطل هكذا ذكره في الهداية ولم يذكر فيه خلافا
والوجه فيه ان لفظة العهدة مشتركة بين المعاني فانها تقع على الصك القديم
الذي هو عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه فلا تصح الكفالة به وبما

وعلى

وعلى العقد ايضا وعلى حقوق العقد ايضا وعلى الدرك ايضا وعلى خيار الشرط ايضا فتعذر
العمل بها فلم تصح الكفالة بها وكذا اي باطل ضمان الخلاص عند ابي ح وهو عبارة
عنده عن تخليص المبيع وتسليمه على كل حال وتقديره وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء
به لانه ان ظهر مستحقا فربما لا يساعده المستحق او حرا فلا يقدر مطلقا فيكون
باطلا وخالفاه فيما قالا انه بمنزلة ضمان الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع
ان قدر عليه او تسليم الثمن ان عجز عنه واجيب عنه بان الاصل فراغ الذمة فلا يشتغل
بالشك وقيل هذا الخلاف جار في ضمان العهدة ايضا ولو قال الكفيل للطالب
ضمنته الى شهر وقال الطالب بل حالا فالقول للكفيل لان الطالب يدعي المطالبة
في الحال والكفيل ينكرها وانما يقر المطالبة بعد الشهر فيكون القول له ولانه يدعي
سلامة ذمته في الحال فكان الظاهر شاهدا له وفي الاقرار للمقر له يعني لو قال
لك علي مائة الى شهر فقال المقر له لا بل هي حالة فالقول للمقر له عند ابي ح ومحمد
وقال ابو يوسف في رواية ابن رستم عنه القول في الفصلين للمقر له وقال
الشافعي القول فيهما للمقر لان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل فقد
اقر باحد النوعين فالقول له اعتبارا بالكفالة قلنا الاعتبار بالكفالة فاسد
لان الاجل في الدين عارض بخلاف الكفالة فان الاجل فيها ليس بعارض بل
فصل منوع له ولابي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل
على صاحبه فلا يصدق فيه الا بحجة اعتبارا بالاقرار بالدين والجواب عنه
فساد الاعتبار ايضا على ما ذكرناه والحاصل ان الشافعي اعتبر الاقرار بالدين
بالاقرار بالكفالة وابا يوسف عكسه فالجواب عن احدهما عكس الجواب عن الاخر
فساد الاعتبار ووجه ابي ح ومحمد هو الفرق بينهما لفساد اعتبار احدهما بالاخر
ووجه الفرق ان المقر بالدين مدعيا حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل
فكان هذا اقرارا على نفسه ودعوى على غيره والاول مقبول والثاني يحتاج الى
برهان فاذا عجز عنه كان القول للمنكر وهو المقر له وفي الاقرار بالكفالة ما اقر
بالدين لانه ليس عليه الدين على الصحيح على ما تقدم بل انما اقر بمجرد المطالبة بعد
الشهر فاتضح الفرق بينهما فلا يصح اعتبار احدهما بالاخر كذا في الهداية واعترض عليه

بانا سلمنا انه لم يقر بالدين لكنه اقر بالمطالبة فللخصم ان يقول اقر بالمطالبة مدعيا
حقا لنفسه وهو تاخيرها الى اجل فكان ثم اقرارا على نفسه ودعوى على غيره الى
اخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق وعلى تقدير تمامه فهو معارض بان يقال الكفالة لما
كانت التزام المطالبة وجب ان لا يثبت الاجل عند دعوى الكفيل اياه لانه اذا ثبت
بطلت الكفالة وفيه من التناقض ما لا يخفى واجيب عنه بان ذلك الفرق عقلي
جدلي لدفع الخصم لا تحقيقي والفرق التحقيقي هو ان الاجل في الديون عارض
لان ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة حتى لا يثبت الاجل فيها الا بالشرط
وفي الكفالة ليس بعارض بل هو ذاتي متنوع لها فان الاجل يثبت فيها من غير
اشتراط كما اذا كانت الدين مؤجلا على الاصيل يثبت الكفالة مؤجلا على الكفيل
فكان الاجل ذاتيا لنفس الكفالة كالناطق المتنوع للانسان فاذا كان الاجل عارضا
في الديون لا يثبت الا بشرط كان القول قول من انكره مع اليمين كما في شرط الخيار
واذا كان ذاتيا في الكفالة كان اقراره اقرارا بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول
قوله ولا يؤخذ على صيغة المجهول ضامن الدرك ان استحق المبيع ما لم يقض بثمنه
اي ما لم يقض القاضي برد الثمن للمشتري على بايعه لان احتمال اجازة المستحق البيع
يمنع ان يؤخذ الكفيل بالثمن لان بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق لا ينتقض
البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له برد الثمن على البايع فلو كان الثمن عبدا فاعتقه
البايع بعد حكم القاضي بالاستحقاق نفذ اعتاقه لعدم انتقاض البيع بعد
وفي رواية عن ابي يوسف له ان يأخذ الكفيل قبل ان يقضي على البايع بالثمن لتوجه
الضمان عليه ووجب للمشتري مطالبته فكذلك يجب على الكفيل **باب كفالة
الرجلين والعبدين** لما فرغ عن ذكر كفالة الواحد شرع في بيان كفالة الاثنين
قال دين كان عليهما بان اشتريا عبدا بالف فالثمن دين عليهما فان كفل بالثمن
كل من المشتريين عن صاحبه للبايع فما اداه احدهما لا يرجع به على الاخر الا
اذا زاد على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد من الشريكين في نصف الثمن
اصيل وفي النصف الاخر كفيل وكل من كان كذلك يكون ما اداه الى تمام النصف
واقعا عما عليه بحق الاصالة وهو الدين صرفا له الى اقوى ما عليه لان ما عليه

بحق الكفالة مطالبة لا دين ولا شك ان الدين اقوى من المطالبة ولا تعارض بين الاقوى
والاضعف فينصرف الى الاقوى وفي الزيادة على النصف يقع عن الكفالة لانتفاء
المعارضة بانتفاء احد المتعارضين اذ لا دين عليه في الزيادة بخلاف النصف
فان انتفاء التعارض فيه لكون احد المتعارضين راجحا لا لانتفاء احدهما ولانه لو رجع
في النصف على صاحبه لرجع صاحبه اليه ايضا لان اداءه نائبه كادائه فيلزم الدور
المحال لان صاحبه يقول ان اداك بحكم الكفالة عني بامري كادائي بنفسي لانك كفيلي
بامري فان رجعت علي بحكم الكفالة فانا ارجع عليك ايضا بما اؤدي لاني كفيل عنك
ايضا فادى الى الدور ولو كفلا بمال عن رجل فكفل كل منهما بما اي بذلك المال كله عن صاحبه
فكل من الكفالتين المجتمعتين على كل منهما كفالة عن الاصيل وكفالة عن الكفيل بكل المال فيهما
صحيح لان موجب الكفالة التزام المطالبة فتصح من الكفيل كما تصح من الاصيل كما تصح
الحوالة عن المحتال عليه بما التزم على الحر واذا صح الكفالتان من كل منهما فما اداه كل منهما
قليلا كان او كثيرا رجع بنصفه على شريكه لان ما ادى احدهما وقع شايعا عنهما اذ
الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم لان الاصالة في النصف
ثمة راجحة بعد صورة التعارض بينهما وبين الكفالة على ما ذكرناه واذا وقع شايعا
رجع على صاحبه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضية الاستواء قد حصل
برجوع احدهما بنصف ما ادى وليس لصاحبه ان ينقض الاستواء بالرجوع عليه
مراعاة لما اقتضاه العقد اذ الاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم وهو
الغرم بخلاف ما تقدم لان كل واحد لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصفه
لنفسه اصالة ونصفه الاخر عن شريكه كفالة عنه فلكل منهما جهة ترجيح ابتداء
فلا يضره الرجوع فيؤدي الى الدور ثم اذا رجع بنصفه على شريكه فيرجعان معا على
الاصيل لانهما اديا عنه دينه بامره او بكله على الاصيل لو كفل بامره لانه لما كفل
عن كل منهما بامره بجميع المال فله ان يرجع بما ادى باي شاء ولو كان احدهما كفيلا
عن الكفيل فقط لم يكن رجوع على الاصيل لعدم الموجب وان ابراء الطالب احدهما فله
اخذ الاخر بكله لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل
والاخر كفيل بكله فياخذه ولو فسخت شركة المفاوضة فلرب الدين اخذ ما شاء من

شريكها بحل دينه لان كل واحد من شريكي المفاوضة كفيل عن الاخر بما كان من ضمان التجارة
على ما عرف في بابه فللغريم ان يطالب ايهما شاء بجميع الدين وما اداه احدهما لا يرجع به
على الاخر ما لم يرد به على النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين قيد الشركة
بالمفاوضة لان شريك العنان لا يؤخذ عن شريكه لانها لا تتضمن الكفالة بل انما
تتضمن الوكالة ولذا قال في شركة الخلاصة لو اشترى احد شريكي العنان يطالب
المشتري فقط وفي المفاوضة يطالب كل منهما ثم قال ولو اقر احد شريكي العنان بدين
لم يجز على صاحبه ثم قال نقلا عن الكل في اذا اقر احدهما بدين من تجارتهما وانكر
الاخر لزم المقر جميع المال ان كان هو الذي تولاه وان اقر انهما تولياه لزمه نصفه
ولا يلزم المنكر شيء وان اقر انه تولاه لم يلزمه شيء اذا كوتب العبدان بعقد واحد
بان قال المولى كاتبتكما بالف الى كذا وكفل كل من العبدين عن صاحبه صح ذلك
استحسانا والقياس عدمه لانه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة
وكل منهما على الانفراد باطل فعند الاجتماع اولى ان يكون باطلا اما الاولى فلان
الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه واما الثاني فلما مر من ان الكفالة تقتضي دينا
صحيحا وبدل الكتابة ليس كذلك ووجه الاستحسان ان يجعل كل واحد منهما
اصيلا في حق وجوب كل الالف عليه ويكون عتقهما معلقا باداء واحد منهما كانه
قال لكل واحد منهما ان اديت الالف فانت حر وهذا وان يجعل كل واحد منهما كفيلا
بكل الالف عن صاحبه فاستويا في الوجوب عليهما لاستوائهما في العلة اعني
الكتابة فكان كل البدل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد
جميع البدل واذا صح ذلك رجع كل على الاخر بنصف ما ادى للاستواء ولو رجع
بالكل او لم يرجع بشيء انتفى المساوات وهو مقتضى العقد على ما تقدم وان اعتق
السيد احدهما قبل الاداء صح العتق لمصادفته ملكه وبرئ المعتق عن النصف لانه
ما رضي بالمال الا ليكون وسيلة الى العتق وقد حصل العتق ولم يبق المال وسيلة
فيسقط النصف وله اي للمولى ان يأخذ حصة الاخر منه اي من الاخر اصالة
لبقائها في ذمته بعد سقوط حصة المعتق لان المال في الحقيقة مقابل رقبتهما
ومنقسم عليهما وانما جعل على كل واحد منهما للضرورة تصحيح الكفالة فلا يتعدى غير موضعها

واذا

واذا اعتق احدهما استغنى عنها وانتفى الضرورة فاعتبر مقابلا برقبتهما واحد المقابلين
لا يسقط بسقوط الاخر فللمولى ان يأخذه بما في ذمته او من المعتق كفالة عملا
بمقتضى العقد لان كفالته عن الاخر باقية بخلاف العكس ويرجع المعتق ان اخذه
السيد فقط اي لا يرجع صاحبه ان اخذه السيد لانه ادى عن نفسه اصالة
بما ادى على صاحبه لانه اداه عنه بامره ولو كان على عبد مال لا يجب عليه صفة
مال الا بعد عتقه يعني الديون التي لم تظهر في حق المولى كما اذا اقر بمال استهلكه
وكذبه المولى او اقرضه انسان او باعه او اودعه فاستهلكه وهو محجور عليه
او وطئ امراة بشبهة بغير اذن المولى فانه لا يؤخذ بجميع هذه الديون في الحال
بل انما يؤخذ بعد العتق لعدم ظهورها في حق المولى فكفل به اي بهذا العبد رجل
كفالة مطلقة اي من غير ان يسمي حالا ولا غير حال لزم المال المكفول به الكفيل
حالا اما لزوم المال فلانه كفل بمال مضمون على الاصيل مقدور التسليم للكفيل
فيصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة الملي او المفلس واما كونها حالا
فلان المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول الذمة لكن لا يطالب
لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلق
الدين بملكه وهو المانع غير متحقق في حق الكفيل لانه غير معسر فيجب العمل بالمقتضي
لعدم المانع فصار كالكفالة عن غائب فتصح ويؤخذ به الكفيل حالا وان عجز الطالب
عن مطالبة الاصيل وكالكفالة عن مفلس فانها تصح ويؤخذ الكفيل به في
الحال وان كان في حق الاصيل متاخرا الى الميسرة فان قيل اذا لم يؤخذ من العبد
الا بعد العتق فلم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل ايضا الا بعد
الاجل اجيب بان الدين المؤجل انما تاخر عن الاصيل بامر يوجب التاخير وهو
التاجيل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حالا وقد التزمه الكفيل فلزمه مؤجلا
واذا ادى الكفيل لا يرجع على العبد الا بعد عتقه لان الطالب يرجع كذلك فكذا الكفيل
لقيامه مقامه ولو ادعى رقبة عبد في يد انسان فكفل به رجل فمات العبد
فبرهن المدعي انه اي العبد له ضمن قيمته الكفيل لان على المولى رد الرقبة على وجه
تخلفها القيمة عند العجز عن ردها واذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل

ايضا لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فكذا
في حق الكفيل واحترز بقوله فبرهن المدعي عما اذا ثبت له باقرار ذي اليد او نكوله
عن اليمين حيث يقضي بقيمة العبد الميت على المدعى عليه ولا يلزم الكفيل لان الاقرار حجة
قاصرة لا يظهر في حق الكفيل الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل ولو كفل سيد
عن عبده بامره اي بامر العبد هكذا قيده في الكافي وقد تركه في الهداية ولابد
منه ههنا كما في المسئلة الاتية وان تركه المص ثمة اعتمادا على ما ذكره في هذه المسئلة
وهذه الكفالة صحيحة سواء كانت بالنفس او بما عليه من المال مديونا مستغرقا
كان العبد او غير مستغرق لوجود المقتضي ويترتب عليها فائدتها وهو وجوب
مطالبته بايفاء الدين من سائر امواله او كفل عبد غير مديون مستغرق لان
كفالة العبد المديون المستغرق غير صحيحة بحق الغرماء وان كان باذن المولى عن سيده
اي بامره ولابد من هذا القيد هنا كما قيده في الهداية وقد تركه المص اعتمادا على ما
سبق في المسئلة الاولى وهذه الكفالة صحيحة لان مالية لسيده فله ان
يجعله مشغولا بالمطالبة كما له ان يجعله مشغولا بالدين بالرهن او بالاقرار عليه
بخلاف ما اذا لم يامره سيده بالكفالة فكفل عن سيده فانها غير صحيحة فعتق
العبد فان ادى بعد العتق لا يرجع بما ادى على الاخر يعني لو ادى السيد عن عبده
بعد عتقه او العبد عن مولاه بعد عتقه لم يرجع احدهما على الاخر خلافا لزفر
حيث قال يرجع لوجود المقتضي وهو الكفالة بالامر والمانع وهو الرق قد زال قلنا
هذه الكفالة انعقدت غير موجبة للرجوع لان العبد اذا لم يكن عليه دين مستغرق
لا يستوجب على مولاه دينا وكذا المولى لا يستوجب على عبده دينا بحال وكل كفالة
كذلك لا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه فان
الكفيل بعد الاداء لا يرجع على الاصيل لذلك واما اذا كان على العبد دين مستغرق
فيستوجب على مولاه دينا كما اذا باع العبد الماذون المديون من مولاه شيئا
فسلم اليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن عن مولاه وكذا لو استهلك
المولى شيئا من اكساب عبده المديون المستغرق الماذون ضمن للعبد على ما في كتاب
الماذون **كتاب الحوالة** هي في اللغة النقل مطلقا وفي الشرع نقل الدين عن ذمة

الاصيل الى ذمة المحتال عليه لابد ههنا من معرفة اربعة اشياء المحيل وهو الذي عليه
الدين وهو المراد بالاصيل والمحتال عليه وهو الذي قبل الحوالة والمحتال به وهو
المال والمحتال له وهو الدائن وتصح اي الحوالة لما في سنن ابي داود عن ابي هريرة
ان رسول الله عم قال مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملئ فليتبع وقال الترمذي
حسن صحيح ومعناه اذا احيل احدكم على ملئ فليحتل امر بالاتباع والاتباع بسبب
ليس بمشروع لا يكون مامورا به من الشارع فدل على جوازها لانه قادر على ايفاء ما
التزمه وذلك يوجب الجواز ايضا كما في الكفالة في الدين لا في العين لانها عبارة
عن تحويل شرعي على ما دل عليه معناه لغة وشرعا والتحويل الشرعي لا يتصور
الا في محل شرعي وهو الدين لانه وصف شرعي في الذمة فجاز ان يعتبره الشرع
في ذمة شخص اخر بالتزامه واما العين اذا كان في محل محسوس فلا يمكن ان
يعتبره في محل اخر ليس هو فيه لان الحس يكذبه فلا يتحقق فيه الا النقل الحسي
لا الشرعي وهو الحق فان قيل ان الدين وصف ثابت في الذمة وهو عرض لا يقبل
النقل لان الاعراض غير باقية وانما يتجدد بامثالها قلنا نعم الا ان الاعراض لها
حكم الجواهر في الشرع لان الشرع يحكم ببقائها بعد المباشرة برضى المحتال لان الدين
حقه وهو يبطل بالحوالة والذمم متفاوتة فلابد من رضاه وبرضى المحتال عليه
سواء كان عليه دين للمحيل او لا وقال الشافعي ومالك ان كان للمحيل دين على
المحتال عليه لا يشترط رضاه لانه محل التصرف فلا يشترط رضاه كما لو باع عبده
فانه لا يشترط رضاه واما اذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالاجماع
قلنا انه التزام الداين ولا لزوم بدون الالتزام وقيل لابد من رضى المحيل ايضا
واختاره القدوري ولم يشترط في الزيادات وجه الاول ان ذوي المروات
قد يانفون بتحميل ما عليهم من الدين على غيرهم فلابد من رضاهم ووجه الثاني
ان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه والمحيل لا يتضرر بل
فيه منفعة فلا يشترط رضاه كذا قيل وقيل ان الحوالة قد يكون ابتداؤها
من المحيل وقد يكون من المحتال عليه والاول احالة وهي فعل اختياري لا يتصور
بدون الارادة والرضاء والثاني احتيال يتم بدون رضى المحيل وهو وجه رواية الزيادات

واذا تمت الحوالة بركنها وشرطها ومن شروطه ايضا كون المال المحال به معلوما حتى
لو كان مجهولا لا يصح الحوالة لما ذكره في البزازية احتال على الاجهول على نفسه باذ قال
احلته بما يذوب لك على فلان لا تصح الحوالة مع جهالة المال ولا تصح كفالته ايضا
بهذا اللفظ وهكذا ذكره في القنية ايضا ومن شروطه ايضا كون المال مما يقدر
المحتال عليه على الوفاء بها لما في الخلاصة ومن صور فساد الحوالة ما اذا كانت
الحوالة بشرط ان يعطي المحتال عليه مال الحوالة من ثمن دار المحيل او من ثمن
عبده كانت الحوالة فاسدة لان هذه حوالة بما لا يقدر على الوفاء بها وهو
بيع الدار والعبد برئ المحيل اي من الدين والمطالبة جميعا لانها تصرف في تحويل
الدين عن ذمة الى ذمة على ما دل عليه اشتقاقه فيجب تحويله لان الاحكام الشرعية
على وفاق المعاني اللغوية وقيل انما برء عن المطالبة فقط لا الدين قالوا والصحيح هو الاول
لما ذكرناه ولما قال محمد ان المحتال اذا وهب الدين من المحيل او ابراه من الدين بعد
الحوالة لا يصح هبته وابراؤه على ما ذكر في قاضيخان ولو بقي الدين في ذمته وجب
ان يصح وقد يستدل على الثاني بما ذكره محمد ايضا ان المحتال اذا ابرء المحال عليه صح
ولا يرتد بالرد كابراء الكفيل ولو انتقل اصل الدين الى المحتال عليه لوجب ان يرتد
برده كما لو ابراء المحيل قبل الحوالة والاصيل في الكفالة فان الابراء تمليك الدين
ممن عليه الدين والتمليك يرتد بالرد وقيل الاول قول ابي يوسف والثاني قول محمد
ويظهر الفائدة في الراهن اذا احال المرتهن بالدين هل يسترد الدين فعند ابي يوسف
يسترد كما لو ابراه عن الدين وعند محمد لا يسترد كما لو اجل الدين بعد الرهن
وقال زفر لا يبرء كما في الكفالة بجامع كونها عقد توثق قلنا ان العقد في كل
منها غير مضاف الى ما ذكرتم من الجامع بل الفارق وهو النقل في الحوالة لانها
تنبئ عنه بحسب اللغة على ما تقدم فاذا حصل نقل الدين عن ذمة لا يبقى فيها
والضم في الكفالة لانها مشتقة من الكفل وهو ضم الشيء الى الشيء والضم لا يقتضي
فراغ المضموم اليه بل يقتضي بقاءه والاصل موافقة الاحكام الشرعية للمعاني
اللغوية في كل موضع فان قيل لو صح هذا لزم ان لا يجبر المحتال بالقبول حين نقده
المحيل لانه صار اجنبيا بانتقال الدين من ذمته ولا جبر بالقبول من الاجنبي

لكونه

لكونه متبرعا قلنا ان المحيل متبرع في النقد وانما يكون متبرعا ان لو لم يحتمل عود المطالبة
اليه بالتوى لكنه يحتمل فلا يكون متبرعا بالقبول هكذا وقع في الهداية حيث قال
واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول والذي ظهر منه ومن كلام المصنف ان
قوله بالقبول متعلق بقوله برئ وليس كذلك بل هو متعلق بتمت على ما صرح به في
العناية حيث قال قوله بالقبول متعلق بقوله تمت الحوالة والمراد به رضاء من رضاه
شرط فيها انتهى ويدل عليه ايضا لفظ القدوري في مختصره حيث قال ان الحوالة
اذا تمت بقبول المحتال له والمحتال عليه برئ المحيل ايضا انتهى فظهر منه ان صحة الحوالة
تعتمد على قبول المحتال له والمحتال عليه وهل يشترط حضرتهما ففي قاضيخان والخلاصة
ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال له في قول ابي حنيفة ومحمد كما في الكفالة الا ان يقبل
رجل الحوالة للغائب ولا يشترط حضرة المحتال عليه لصحة الحوالة حتى لو احاله
على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة وكذا لا يشترط حضرة المحيل
حتى لو قال رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان الف درهم فاحتل بها علي
فرضي الطالب بذلك واجاز صحت الحوالة حتى لا يكون له ان يرجع بعد ذلك انتهى
فلا يأخذ المحتال تفريع على براءة ذمة المحيل من تركته اي تركة المحيل لكن يأخذ
كفيلا من الورثة او الغرماء مخافة التوى كذا في الاختيار واذا تحقق التوى يرجع
على الكفيل او على تركة المحيل وقال في البزازية مات المحيل بعد الحوالة قبل استيفاء
المحتال المال من المحتال عليه وعلى المحيل ديون كثيرة فالمحتال مع سائر الغرماء على السواء
ولا يترجح المحتال بالحوالة وكذا لو قيده بدينه الذي على المحتال عليه ولو مات
قبل الاستيفاء يتساوى المحتال مع سائر الغرماء بخلاف ما اذا احال المديون
طالبه على مديونه ان يؤديه من دينه الذي عليه فلم يؤد المحتال عليه حتى مرض
المحيل فاداه في مرضه ومات المحيل عن ديون كثيرة ولا مال له سواه سلم
المدفوع للمحتال ولا حق للغرماء في ذلك انتهى ولا يرجع عطف على لا يأخذ عليه اي
على المحيل المحتال الا اذا توى حقه الظاهر انه استثناء من قوله ولا يرجع وقال
الشافعي لا يرجع وان توى لان براءة المحيل حصلت مطلقة عن شرط الرجوع على
المحيل عند التوى فلا يعود الا بسبب جديد كما في الابراء قلنا ان اردت انها حصلت

مطلقة لفظا ومعنى او معنى فممنوع وان اردت انها مطلقة لفظا فمسلم لكنه لا يفيد لجواز
ان يكون مقيدة بدلالة الحال او العرف او العادة فنقول انها حصلت مقيدة بسلامة
حقه له بدلالة الحال وان كانت مطلقة لفظا اذ المقصود من شرع الحوالة التوصل
الى استيفاء الحق من المحل الثاني كالمشروط في العقد الاول لكونها هو المطلوب
فاذا فات الشرط عاد الحق الى المحل الاول فصار وصف السلامة في حق
المحتال به كوصف السلامة في المبيع بان اشترى شيئا فهلك قبل القبض فانه
ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وان لم يشترط ذلك لفظا لما ان وصف
سلامة المبيع حق مستحق للمشتري واعلم انهم اختلفوا في ان الرجوع على المحيل بالتوى
هل هو بطريق انفساخ الحوالة بالتوى او بطريق الفسخ قيل بالاول وقيل بالثاني
ثم حصر الرجوع عليه على صورة التوى اذا لم يشترط الخيار في الحوالة للمحتال له اما
اذا جعل للمحتال له الخيار فله الرجوع على المحيل متى شاء توى او لم يتو لما صرح به في
البزازية حيث قال فيها لو احتال على رجل على ان المحتال بالخيار فهو جائز وكذا
ان احاله على انه متى شاء رجع على المحيل جاز ويرجع على ايهما شاء انتهى وقال في
قاضيخان رجل له على رجل مال فقال الطالب للمديون احلني بمالي عليك على فلان
على انك ضامن لذلك ففعل فهو جائز وله ان يأخذ بالمال ايهما شاء لانه لما شرط
الضمان على المحيل فقد جعل الحوالة كفالة لان الحوالة بشرط عدم براءة المحيل
كفالة انتهى وهو اي التوى بموت المحال عليه مفلسا بان صار المحال ليس له
فلوس بان لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا واذا ترك كفيلا بامره او بغير امره
لا يعود الدين الى ذمة المحيل قال في البزازية المحتال اخذ الكفيل من المحتال عليه
بالمال ثم مات المحتال عليه مفلسا لا يعود الدين الى ذمة المحيل سواء كفل
بامره او بغير امره والكفالة حالة او مؤجلة او كفل حالا ثم اجله المكفول له وان
لم يكن به كفيل ولكن تبرع رجل ورهن به رهنا ثم مات المحتال عليه مفلسا عاد
الدين الى ذمة المحيل ولو كان مسلطا على البيع فباعه ولم يقبض الثمن حتى مات
المحتال عليه مفلسا بطلت الحوالة والثمن لصاحب الرهن انتهى تفرقة بين الكفيل
والرهن تبرعا وظهر منه انه لو رهن انسان بامر المحيل ثم مات المحتال عليه مفلسا

لا يعود الدين الى ذمة المحيل كما في الكفيل واذا ابرأ الكفيل فهل يعود الدين الى ذمة
المحيل ففي البزازية وان مات المحتال عليه بلا تركة ولكن كان له كفيل بالمال ثم
ابرأ صاحب المال الكفيل عنه يرجع على الاصيل انتهى فظهر منه ان الدين يعود الى
ذمة المحيل بعد ابراء الكفيل وفي البزازية ايضا قال الطالب مات المحتال عليه
مفلسا بلا تركة وقال المحيل مات عن تركة فالقول للطالب مع حلفه ثم قال
بعد اسطر قال المحيل مات المحتال عليه بعد اداء الدين اليك وقال المحتال لا بل
قبله وتوي حقي فلي الرجوع عليك فالقول للمحتال لانه متمسك بالاصل انتهى
ومراده بالاصل هو العسرة فان قيل انه منقوض بما لو اوصى رجل لفقراء بني
فلان وجاء واحد من بني فلان وقال انا فقير وقالت الورثة انه غني فالقول
للورثة وان كان الاصل هو العسرة قلنا ان ذلك الفقير مدعي لنفسه
وليس بدافع شيئا عن نفسه فلا يعمل بمجرد قوله في مقام الدعوى بخلاف
مسئلتنا فان الطالب هنا منكر معنى لان المحيل بدعواه ان المحتال عليه مات
عن وفاء يدعي توجه المطالبة على الورثة والطالب ينكره وفي مثله يكون القول
قول المتمسك بالاصل لانه انضم اليه الانكار او انكاره مجرور معطوف على
الموت اي انكار المحتال عليه الحوالة وحلفه عند التحليف على انكاره ولا بينة
للمحيل ولا للمحتال له عليه اي على المحتال عليه على ما في العناية ويجوز ارجاعه
الى الحوالة وهذا لان العجز عن الوصول الى الحق في الحقيقة يتحقق بكل واحد
من هذين الامرين اما في الاول فلانه لم يبق بالموت ذمة يتعلق بها الحق واما في
الثاني فلان المحتال لا يقدر على مطالبته فيضيع حقه فاذا توى ثبت للمحتال
حق الرجوع عليه لان براءته كانت براءة استيفاء لا براءة اسقاط فلما تعذر
الاستيفاء وجب الرجوع هذا عند ابح وعندهما بتفليس القاضي اياه ايضا
اي كما يكون التوى باحد الامرين المذكورين كذلك يكون بتفليس القاضي وذلك
بان يحكم القاضي بافلاسه بالشهود حال حيوته وهذا الاختلاف بناء على
ان الافلاس بتفليس القاضي عنده لا يتحقق خلافا لهما لحصول العجز عن الوصول
الى الحق هنا ولابح ان هذا العجز يتوهم ارتفاعه بحدوث المال فلا يعتبر ونقح

اى الحوالة بالدراهم المودعة لما ذكر تعريف الحوالة وشرطها وحكمها شرع فى بيان نوعيها
وهى على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة على نوعين احدهما ان يقيد المحيل الحوالة
بالعين الذى له فى يد المحتال عليه بالوديعة او الغصب والثانى ان يقيدها بالدين
الذى له على المحتال عليه وانما جاز هذا النوع بقسميها لان المحال عليه اقدر على القضا
بها لان الاداء منها يتحقق من عين حق المحيل وهو لا يعصب عليه ولعدم احتياجه الى
الكسب للاداء لان العين حاصلة عنده وسياتى بيان النوع الثانى ويبرا المحتال عليه
بهلاكها لان الحوالة مقيدة بها لانه ما التزم الاداء الا منها حتى لو كانت الحوالة مقيدة
بالعين الذى فى يد المحتال عليه بالوديعة او بالدين الذى على المحتال عليه ثم
استحق العين وظهر بطلان الدين بالاستحقاق برا المحال عليه حتى لو كان
ادى العين المحتال به او الدين المحتال له به الى المحتال يسترد منه بخلاف الحوالة المطلقة
لانها لا تبطل ببطلان العين الذى عند المحتال عليه ولا ببطلان الدين على المحال عليه
وكذا لا تبطل الحوالة المقيدة بثمن عبد كان للمحيل على المحتال عليه ثم فسخ بيع العقد
بخيار رؤية او شرط او عيب قبل القبض او بعده بقضاء قاض او هلك العبد المبيع
قبل التسليم بطل الثمن على المحتال عليه ولا تبطل الحوالة استحسانا كذا فى قاضيخان
وهل يصدق فى قوله هلكت ففى البزازية اودع عنده الفا ثم احال به غريمه مقيدة
بها فقال المودع ضاعت الوديعة بطلت الحوالة ولو كانت مقيدة بالغصب
لا تبطل لوجود الخلف انتهى وتصح بالعين المغصوبة ايضا لما ذكرناه من الوجهين
فى الوديعة ولا يبرا المحال عليه بهلاكها لانها اذا هلكت وجب على الغاصب مثلها
ان كانت مثليا وقيمتها ان كانت قيميا فكان الفوات بهلاكها فواتا الى خلف فكان
باقيا حكما بخلاف الوديعة فان الفوات فيها لا الى خلف فلم تبق اصلا واذا قيدت
الحوالة بالدين وهو القسم الثانى من الحوالة المقيدة وذلك بان كان لرجل على اخر
الف درهم وللمديون على اخر كذلك واحال المديون الطالب على مديونه بالف على
ان يؤديه من الالف التى للمطلوب عليه او الوديعة او الغصب لا يطالب المحيل
المحال عليه بكل من الدين او الوديعة والغصب المحال به لانه تعلق به حق المحتال
فانه انما رضى بنقل حقه الى المحال عليه بشرط ان يوفى حقه ما عليه للمحيل او بيده

فتعلق

فتعلق به حق استيفائه واخذ المحيل ذلك يبطل هذا الحق فلا يطالبه ولو دفعها المودع
او غيره الى المحيل ضمن لانه استهلك محلا مشغولا بحق الغير وصارت كالرهن فى
هذا الحكم فان الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الاخذ عن يد المرتهن لئلا يبطل
حق المرتهن ولكنها يخالفه فى حكم اخر اشار اليه بقوله مع ان المحتال اسوة لغرماء
المحيل بعد موته يعنى ان المحتال قد تعلق به حقه بالمحتال به من العين والدين
فيمنع مطالبة المحيل كتعلق حق المرتهن بالرهن فيمنع مطالبة الراهن ومع هذا
ان المحتال بعد موت المحيل بلا شئ سوى المحتال به من العين او الدين اسوة
لباقى غرمائه بخلاف المرتهن فانه ليس باسوة لباقى غرماء الراهن بعد موته
بلا شئ سوى الرهن والفرق ان المحتال به من الدين والعين لم يصر مملوكا للمحتال
بعقد الحوالة لا يدا ولا رقبة لان الحوالة ما وضعت للتمليك وانما وضعت للنقل
فيكون بين الغرماء واما الرهن فلا يكون باقى الغرماء شريكا له فيه وان لم يقيد
الحوالة بشئ من العين او الدين سواء ثبت شئ منها للمحيل على المحال عليه ولم يقيدها
به او لم يثبت اصلا فان الحوالة فى الصورتين مطلقة وللمحيل فى الصورة الاولى
ان يطالب المحال عليه بالدين وللمحتال ايضا ان يطالبه بالحوالة على ما صرح به
فى البزازية حيث قال ولو كان للمحيل على المحتال عليه دين فاحال دينه ولم يقيد
بدينه فالدين على المحتال عليه على حاله وله ان يطالبه بالدين وللمحتال ايضا
يطالبه بالحوالة وان قيدها بالدين الذى عليه ليس له ان يطالبه انتهى واليه
ايضا اشار بقوله فله اى للمحيل المطالبة بما له عليه من العين او الدين لوجود
المقتضى وعدم المانع من تعلق حق المحتال لان حقه انما تعلق بذمة المحال عليه
لا العين والدين لكن هذا فى صورة ما كان للمحيل شئ من العين والدين على المحال
عليه والا فليس له مطالبة المحال عليه وانما يطالبه المحتال فقط بحكم الحوالة
واعلم ان للمحتال ان يطالب المحتال عليه بحكم الحوالة فى الحوالة المطلقة سواء كانت
الحوالة صحيحة او فاسدة واما فى الحوالة المقيدة فليس له ان يطالب المحتال عليه
بحكم الحوالة فى الحوالة الفاسدة لظهور عدم ذلك القيد اعنى الدين مثلا باع عبدا
واحال غريمه على المشترى بثمن العبد فان الحوالة مقيدة ثم استحق العبد او ظهر انه

حتى وقد رفع الامر الى القاضي فانه تبطل الحوالة ولا يطالب المحتال عليه اي المشتري بثمن
العبد لانه ظهر ان لا ثمن عليه حتى لو كان المحتال قد اخذه من المشتري فللمشتري ان يسترده
بعد ظهور بطلان الحوالة بخلاف الحوالة المطلقة فان للمحتال ان يطالب المحتال عليه
بحكم الحوالة وليس له ان يسترد ما اداه الى المحتال بعد ظهور فساد الدين بل له ان يرجع
الى المحيل لانه قضى دينه بامره فظهر من هنا ان المراد بما ذكره في البزازية من ان
المحتال عليه اذا ادى المال في الحوالة الفاسدة فهو بالخيار ان شاء رجع على
القابض وهو المحتال وان شاء رجع على المحيل انتهى هو الحوالة المقيدة ومن هنا
علم ان المحتال عليه في الحوالة المقيدة لو ادى المال للمحتال به الى المحيل بدون رضى
المحتال لا يبرا على الحوالة اذ ليس له ذلك ولا تبطل الحوالة باخذه اي اخذ المحيل ما
على المحال عليه من الدين او عنده من العين وديعة او غصبا لعدم تعلق حق المحتال
بما على المحال عليه او عنده لعدم تقييد الحوالة به بل انما تعلقت بذمة المحال عليه مطلقا
وفي الذمة سعة والجملة ههنا ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة ايضا
على نوعين على ما ذكرناه انفا والمطلقة وهي ان لا يقيدها بعين ولا دين سواء كان
له عليه شيء او لا على نوعين ايضا مؤجلة وحالة فالمؤجلة يكون على المحال عليه
مؤجلة والحالة يكون حالا لانها تحويل الدين من الاصيل فيتحول على الصفة التي كان
على الاصيل مع تلك الصفة ولكل من هذه الانواع حكم خاص والى جميعها اشير في
المقام واذا طالب المحال عليه المحيل بمثل ما احال به مدعيا قضاء دينه من ماله
فقال المحيل احلت انا بدين لي عليك وليس لك الرجوع على لا يقبل قول المحيل بلا حجة
ويجب على المحيل مثل الدين لان سبب رجوع المحال عليه وهو قضاء دينه بامره
قد تحقق باقراره الا انه يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر والبينة
للمحيل فان اقامها بطل حق المحتال عليه في الرجوع وظهر من هنا ان المحال عليه
لا يرجع على المحيل قبل ادائه ما احيل عليه به من الدين عند عدم الدين عليه للمحيل ولو
طالب المحيل المحتال بما احال فقال احلتك للقبض لي فقال المحتال لا بل احلتني لانك
بدين لي عليك لا يقبل قول المحتال الا بلا حجة لانه يدعي الدين والمحيل ينكره فالقول
له والبينة للمدعي فان قيل الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل انه احاله

لقبضه له خلاف الحقيقة مما لا دليل عليه اجيب عنه بان دعواه هذه هي دعوى
الوكالة منه ولفظة الحوالة قد تستعمل فيها مجازا فيكون من محتملاته فيجوز ارادته
فيصدق فيها لكنه مع يمينه لما فيها نوع مخالفة للظاهر على ما في العناية وتكره
السفتجة بضم السين وقيل بفتحها والتاء مفتوحة فيهما لفظ فارسي معرب وهي
الاقراض لسقوط خطر الطريق صورتها ان يقرض انسانا مالا ليقضيه المستقرض
في بلد يريده المقرض وانما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الامانة
ليستفيد به خطر الطريق وهو مكروه لان النبي عم نهى عن قرض جر نفعا وقيل
هذا اذا كانت المنفعة مشروطة في العقد واما اذا لم تكن مشروطة فلا باس
بذلك وفي غاية البيان رجل قرض رجلا مالا على ان يكتب له بها الى بلد كذا
فانه لا يجوز وان اقرضه بغير شرط وكتب كان هذا جائزا وكذلك لو قال اكتب
لي سفتجة الى موضع كذا على ان يعطيك هنا فلا خير فيه كذا في قاضيخان

كتاب القضاء اعلم ان الفتوى على قول ابي يوسف في كل ما يتعلق بالقضاء
على ما صرح به في قضاء الاشباه نقلا عن القنية والبزازية القضاء بالحق
من اقوى الفرائض وافضل العبادات بعد الايمان بالله تعالى لان الله تعالى
امر به كل رسول حتى نبينا عم واختلفوا في معناه الشرعي ففي فتح القدير
هو الالزام وفي المحيط هو فصل الخصومات وقطع المنازعات وفي البدايع
هو الحكم بين الناس بالحق وهو اخص من الاولين لانهما يشملان القضاء بالحق
والباطل والمراد بالحق ههنا هو الحكم الثابت عند الله تعالى اما قطعا بان
كان عليه دليل قطعي وهو النص المفسر من الكتاب والسنة المتواترة او
المشهورة او الاجماع واما ظاهرا بان كان عليه دليل ظاهر يوجب عليه غلبة
الظن وهو ظاهر الكتاب والسنة ولو خبر واحد والقياس وذلك في المسائل
الاجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء او التي لا رواية فيها من السلف فلو قضى
بخلاف ما قام عليه النص ولو ظاهرا او الاجماع لم يجز وكذا لو قضى بخلاف
ما عليه اقاويل الفقهاء في موضع الاجتهاد لم يجز لان الحق لم يعدهم وهل
يشترط ان يقول القاضي عند القضاء حكمت او قضيت ففي القنية قول القاضي

حكمت او قضيت له ليس بشرط وقوله بعد اقامة البينة للمعتمد فهم واطلب المذهب
منه حكم وقوله ثبت عندي حكم يكفي وكذا اذا قال ظهر عندي او صح عندي او علمت
فهذا كله حكم في المختار كذا في البحر وقال في البزازية قوله لا ارى لك حقا في
هذه الدار بهذه الدعوى لا يكون قضاء ما لم يقل امضيت او انفذت عليك
القضاء بكذا وكذا قوله للمدعى عليه سلم هذه الدار عليه بعد اقامة البينة
وهذا نص على ان امره لا يكون قضاء وذكر شمس الائمة انه حكم لان امره الزام
وحكم وذكر الحلواني قول القاضي ثبت عندي حكم وفي الصغرى انه حكم اذا شهد
عليه وكذا صح عندي او ظهر او علمت واختار الاوزجندي انه لا بد من قوله
حكمت او ما يجري مجراه ولا يكون قوله ثبت عندي حكما واما فعل القاضي فهل
هو حكم ام لا ففيه تفصيل مذكور في البحر واهله اي اهل القضاء من هو اهل
للشهادة وشرط اهليتها من الاسلام والحرية والعقل والبلوغ
لان حكم القضاء وهو الولاية مستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من
باب الولاية وهو تنفيذ القول على الغير شاء او ابى وكل ما كان حكمه يستفاد
من الغير يشترط له ما يشترط للغير والفاسق اهل له اي للقضاء لاهليته للشهادة
وقال الشافعي ان الفاسق ليس باهل للقضاء واختاره الطحاوي منا وهو
رواية النوادر كما لا تقبل شهادته ويصح تقليده اي تقليد الفاسق للقضاء
حتى اذا قضى نفذ قضاؤه لاهليته في نفسه ويجب ان لا يقلد مع صحة
تقليده ونفاذ حكمه اذا قلد لانه لا يؤتمن في امر الدين على نفسه لقلة مبالاته
فيه فكيف يؤتمن في امر الدنيا على الغير كما يصح قبول شهادته اي الفاسق بناء
على عدم اشتراط العدالة في صحتها نظرا الى اهل ذلك العصر الذين شهد لهم
رسول الله عم بالخيرية والى ظاهر حال المسلم في غيرهم وهذا في ظاهر الرواية
وفي رواية يشترط العدالة لصحتها ويجب ان لا تقبل شهادته لما ذكرناه ولو فسق
العدل باخذ الرشوة او بالربوا او شرب الخمر يستحق العزل ولا ينعزل في ظاهر
المذهب الا اذا علق العزل عند التقليد بتعاطي الحرام فانه ينعزل فان تعليق
العزل بالشرط صحيح حتى لو كتب اليه الخليفة اذا اتاك كتابي فانت معزول فاتاه ينعزل

كذا في البزازية وقال الامام ظهير الدين ونحن لا نفتي بصحة تعليق العزل بالشرط وعليه
مشايخنا وفي البحر نقلا عن البدايع ان القاضي يخرج عن القضاء بكل ما يخرج الوكيل
عن الوكالة الا في ما اذا مات الخليفة فانه لا ينعزل قضاؤه وولاته واذا مات
الموكل انعزل وكيله ولا ينعزل باخذ الرشوة والفسق ثم قال نقلا عن الولوالجية
اذا ارتد القاضي او فسق ثم صلح فهو على حاله لان المرتد امره موقوف ولان
الارتداد فسق وبنفس الفسق لا ينعزل الا ان ما قضى في حالة الردة باطل
وفي الواقعات الحسامية الفتوى على انه لا ينعزل بالردة فان الكفر لا ينافي
ابتداء القضاء في احدى الروايتين حتى لو قلد الكافر ثم اسلم هل يحتاج
الى تقليد اخر فيه روايتان انتهى كلام الواقعات وبه علمت ان تقليد الكافر
صحيح في القول المفتى به وان لم يصح قضاؤه في حال كفره انتهى كلام البحر
وقال في البزازية نقلا عن الاقضية لا يستعمل السلطان في القضاء الا
الموثوق بصلاحه وفقهه وعمله وعلمه بوجوه السنة والاثار والفقه
والعلم شرط الاولوية لا جواز التقليد حتى لو قضى بفتوى غيره صح وكذا
العدالة شرط الاولوية عندنا وعند الشافعي شرط الصحة واختلف في
تقليد الفاسق والاصح الجواز ولا ينعزل بالفسق بل يستحقه ولكن يجب
على السلطان عزله وتعزيره وفي قول المص يستحق العزل اشارة اليه ايضا
لان الاستحقاق يستدعي الوجوب واحترز بظاهر المذهب عن رواية
النوادر وهو المروي عن الكرخي من انه ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته
في تقليده فلم يكن راضيا بدونها فكان التقليد مشروطا ببقاء العدالة
فينتفي بانتفائها بخلاف تقليد الفاسق ابتداء فان المقلد لم يقلده بناء على
عدالته فصح تقليده وان وجب عليه ان لا يقلده ولو اخذ القضاء بالرشوة
لا يصير قاضيا على الصحيح من الرواية ولو قضى لا ينفذ حكمه وبه يفتى وفي جامع
الفصولين الامام لو قلد القضاء برشوة اخذها هو او قومه وهو عالم به لم يجز
تقليده كقضائه برشوة ثم قال بعلامة النوازل ان من اخذ القضاء برشوة
او شفعاء فحكمه لو رفع حكمه الى قاض اخر يمضيه لو وافق رايه والا ابطله

وفي الخلاصة ان القضاة على نوعين قاض قلد وقاض ولي بسبب الرشوة او الشفعاء
فالاول اذا قضى ثم رفع قضيته الى قاض يرى خلافه لا ينقضه اذا كان في
فصل تقليد القضاء بالرشوة لا ينفذ قضاؤه اصلا واما الذي قلد القضاء
بسبب الشفعاء فهو والذي قلد القضاء احتسابا على السواء في نفاذ قضاياه
في المجتهدات وان كان لا يحل الطلب بالشفعاء انتهى انما قال لو اخذ القضاء
بالرشوة اشارة الى انه لو اخذ الرشوة وقضى لا ينفذ حكمه فيما ارتشى بالاجماع
على ما في البحر نقلا عن الخانية والسراج الوهاج واما فيما سواه ففي العادي
فيه اختلاف قيل ينفذ واختاره شمس الائمة وقيل لا ينفذ كما لا ينفذ فيما ارتشى
فيه واختاره البزدوي ورجحه ابن الهمام وفي البحر نقلا عن سراج الوهاج
قال ابو ح لو قضى القاضي زمانا بين الناس ثم علم انه مرتش ينبغي للقاضي الذي
يختصمون اليه ان يبطل كل قضاياه انتهى وفي البزازية وان ارتشى وكيل
القاضي او كاتبه او بعض اعوانه فان بامره ورضاه فهو كما ارتشى بنفسه
وان بغير علمه ينفذ قضاؤه وعلى المرتشي رد ما قبض وفي الخانية الرشوة
على وجوه منها ما هو حرام على الآخذ والدافع وذلك في موضعين احدهما
اذا تقلد القاضي بالرشوة فانها حرام على الآخذ والدافع والثاني اذا دفع الرشوة
الى القاضي ليقضي له فانها حرام على الآخذ والدافع سواء كان القضاء بحق
او بغير حق ومنها اذا دفع الرشوة خوفا على نفسه او ماله فهذه حرام على
الآخذ دون الدافع ومنها اذا دفع الرشوة ليسوي امره عند السلطان او القاضي
حل له الدفع ولا يحل للآخذ فان اراد الآخذ ان يحل له ذلك فله ان يوجر
نفسه يوما الى الليل بما يريد فانه يصح هذه الاجارة ثم المستاجر مخير ان
شاء يستعمله في ذلك العمل وان شاء يستعمله في غيره هذا اذا اعطى
الرشوة اذا لا يسوي امره عند السلطان واما ان طلب منه ان يسوي له امره
ولم يذكر له الرشوة واعطاه بعد ما سوى قيل لا يحل له ذلك وقيل يحل وهو
الصحيح والفاسق يصلح مفتيا لانه يخاف ان ينسب الى الخطاء فلا يترك الصواب
وقيل لا يصلح لان الفتوى من الامور الدينية والفاسق لا يؤتمن عليها وفي

البزازية اجمع الفقهاء على ان المفتي يجب ان يكون من اهل الاجتهاد وقال الامام لا يحل
لاحد ان يفتي بقولنا حتى يعلم من اين قلنا وفي الملتقط اذا كان صوابه اكثر من
خطائه حل له الافتاء وان لم يكن مجتهدا لا يحل له الفتوى الا بطريق الحكاية فيحكي
ما يحفظ من اقوال الفقهاء واما القضاء فليس الاجتهاد شرطا فيه لجواز قضائه
بفتوى الغير وهل يجوز للقاضي ان يفتي ففي البزازية والاصح انه لا باس للقاضي
ان يفتي في مجلس القضاء وغيره في المعاملات والديانات وفي الظهيرية
ولا باس للقاضي ان يفتي من لم يخاصم اليه ولا يفتي احد الخصمين فيما خوصم اليه
ولا ينبغي ان يكون القاضي فظا غليظا عطف تفسيري للفظ والمراد ان يكون
شديدا في الكلام متفاحشا غليظ القلب جبارا متكبرا مقبلا بالغضب
عنيدا معاندا عنيفا وذلك لان هذه الاشياء تخل بالمقصود من القضاء وهو
دفع الفساد وينبغي ان يكون موثوقا به في دينه وعفافه وعقله وصلاحه
وفهمه وعلمه بالسنة والآثار وهو لخص من السنة ووجوه الفقه اي طرق
الفقه وكذا المفتي اي مثل القاضي في الاتصاف بالاوصاف المذكورة وفي البحر
وينبغي ان يكون المفتي كالقاضي في اوصاف الكمال والاجتهاد معناه لغة
والاصطلاحا مبين في اللغة والاصول شرط الاولوية اي لا الصحة فيه اشارة
الى ما في البزازية والبحر وغيرهما من ان تقليد الجاهل والمقلد للقضاء صحيح عندنا
لان المق من القضاء ايصال الحق الى المستحق وذلك يحصل بفتوى غيره بخلاف
المفتي فان الاجتهاد شرط فيه على ما ذكرناه آنفا من البزازية قال في فتح القدير
وقد استقر رأي الاصوليين على ان المفتي هو المجتهد واما غير المجتهد ممن يحفظ
اقوال المجتهدين فليس بمفت والواجب عليه اذا سئل ان يذكر قول المجتهد كابح
على جهة الحكاية فعرف ان ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى
بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي وطريق نقله من ذلك المجتهد احد امرين
اما ان يكون له سند فيه او يأخذه من كتاب معروف تداولته الايدي نحو
كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر
المتواتر او المشهور هكذا ذكره البزازي فعلى هذا لو وجد نسخ النوادر في زماننا هذا

لا يحل عن وما فيها الى محمد ولا الى ابي يوسف لانها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا و
ولم تتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر مثلا في كتاب مشهور معروف كالهداية
والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فلو كان حافظا للاقاويل المختلفة
للمجتهدين ولا يعرف حجة ولا قدرة له على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها يفتي
بها بل يحكيها للمستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه انه الاصوب ذكره في بعض
الجوامع وعندي لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفيه ان يحكي قولا منها فان المقلد
له ان يقلد اي مجتهد شاء فاذا ذكر احدها فقلده حصل المقصود نعم لا يقطع عليه
فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال ابو حنيفة حكم هذا كذا ولو حكى الكل فالاخذ بما
يقع في قلبه انه اصوب اولى وتمامه في فتح القدير وعن محمد في الاصل ان المقلد
لا يجوز ان يكون قاضيا فيصح اي اذا كان الاجتهاد شرط الاولوية يصح تقليد
الجاهل اي المقلد على ما هو الظاهر من كلامه وكذا يصح تقليد الجاهل بمعنى من لا يحفظ
شيئا من اقوال الفقهاء لانه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ويختار السلطان الاقدر
على الاجتهاد والاولى لقوله عم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه
فقد خان الله تعالى ورسوله وجماعة المسلمين ولو قلد القضاء رجلا وهو
اهله وغيره افضل منه فقد اساء ولم يأثم علما في الفصولين وكره التقليد
للقضاء لمن خاف الحيف اي الظلم في القضاء والعجز عن القيام بامر القضاء
ولا باس لمن يثق من نفسه باداء فرضه وقال بعض مشايخنا كره الدخول فيه
مختارا سواء وثق من نفسه او لم يثق حتى قال الصدر الشهيد منهم من قال
لا يجوز الدخول فيه الا مكرها الا ترى ان ابا حنيفة دعي الى القضاء ثلاث مرات
فابى حتى ضرب ثلثين سوطا فلما كان في المرة الثالثة قال حتى استشير
اصحابي فاستشار ابا يوسف فقال ابو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس
فنظر اليه ابو حنيفة نظر المغضب وفي البزازية ضرب الامام ابا حنيفة اياما وقيد نيفا
وخمسين يوما وامتنع في الاصح عن القبول ومات على الاباء انتهى ودعي محمد
الى القضاء فابى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد وقد روي عن ابي هريرة مرفوعا
من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين وقال بعض مشايخنا الدخول فيه

رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة وصححه صاحب الهداية هذا كله اذا كان
في البلد غيره من يصلح للقضاء واما من تعين له بان كان هو الاهل لا غيره فرض
عليه الدخول فيه صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد باقامة الحدود
والقصاص والتعازير وقيل اقامة الحدود الى الامام وامراء الامصار لا الى القاضي
نقله في البحر عن تهذيب القلانسي والصحيح ان للقاضي اقامة الحدود وللقاضي
اقراض مال اليتيم وتزويج الصغائر واليتامى التي لا ولي لهم لكن يشترط ان يكتب في
منشوره ذلك وله ولاية الوقف ايضا على ما تقدم في باب الوقف وتفتيش
عن ولاتها ويعزل الخائن عنها ولو كان ابن الواقف وله نصب الاوصياء ايضا
ان لم يكن للميت وصي وفي البزازية عزوا الى الحلواني للقاضي ان ينصب الوصي في
مواضع اذا كان في التركة دين مهرا كان الدين او غيره او وصية او صغير ينصبه
لقضاء الدين او لتنفيذ الوصية او لحفظ مال الصغير لان حق الدائن يتعلق
بمالية التركة لا عينها ولو قال الوارث انا لا اقضي الدين ولا ابيع التركة بل اسلم
التركة الى الدائن نصب القاضي من يبيع التركة ولهذا لو كان اب الصغير مبذرا
متلفا مال الصغير ينصب وصيا لحفظ ماله ولو اشترى الوارث من مورثه شيئا
ثم اطلع بعد موته على عيب نصب القاضي وصيا حتى يرده الوارث عليه برده الاب
عليه وقيد الخصاف نصب الوصي فيما اذا كان على الميت دين وله وارث كبير بانقطاع

عله

من بلد المتوفى بحيث لا ياتي ولا تذهب القافلة فان لم يكن منقطعا بذلك التفسير
لا ينصب واذا كان للصغير اب غائب واحتيج الى اثبات حق للصغير ان كانت غيبة
الاب منقطعة نصب القاضي وصيا والا لا وله ان ينصب عن المفقود وصيا
لحفظ حقوقه ونطلب من الفرهاد هكذا ذكره في البحر ثم قال اذا كان المدعى عليه
اصم اعمى اخرس فالقاضي ينصب عنه وصيا ويامر المدعي بالخصومة معه لو لم يكن
له ابا وجدا ووصيا ثم ذكر في البزازية وانما يلي نصب الاوصياء اذا كان ماذونا
بالاستخلاف وينصب عدلا امينا كافيا لا غريبا لا يعرف ويثبت ذلك بالجار
والحد ثم ذكر فيها وقال وله ولاية اقراض اللقطة من الملتقط وولاية اقراض مال
الغائب وله ان يبيع منقوله اذا خاف عليه التلف اذا لم يعلم مكان الغائب فلو علم

مكانه بعثه اليه وله ان ينصب وكيلا في جمع غلات المفقود طلب الوارث ذلك اولا
وله ايفاء ديون الغائب بماله بالحصص وبيع ماله لايفاء دينه وليس له ان يتزوج
ام ولد الغائب وله الاذن بالانفاق على مال الغائب وزوجته واولاده واصله
من ماله ولا يطلب على صيغة النفي ويجوز ان يكون على صيغة النهي والمراد بالنفي
هو النهي القضاء ولا يسأله وان صار اهلا له لما روى انس بن مالك مرفوعا
من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده اي يلهمه
رشده قوله وكل بالتخفيف اي فوض امره الى نفسه فلم يهتد الى الصواب لان النفس
لامارة بالسوء ولان من طلب القضاء فقد اعتمد فهمه وورعه وزكاه وعجبته
نفسه فيحرم التوفيق وان اكره عليه فقد اعتصم بحبل الله وتوكل عليه ومن يتوكل
على الله فهو حسبه فيليه التوفيق ولان في طلب القضاء اذلالا واهانة للعلم
لان كل سائل مهان كذا في سراج الوهاج هذا جمع بين طلب القضاء وسؤاله كما
وقع في عبارة القدوري والهداية ايضا كذلك واختلف الشراح في تفسيرها
فقال بعضهم الطلب بالقلب والسؤال باللسان فرقا بين الطلب والسؤال كذا
في العناية وقال في الينابيع الطلب ان يقول للامام ولني والسؤال ان يقول للناس
لو ولاني الامام قضاء بلدة كذا لاجبته الى ذلك وهو يطمع ان يبلغ طلبه الى
الامام فلم يفرق بين الطلب والسؤال في كونهما باللسان والمراد بنفي الطلب والسؤال
ههنا هو النهي عنه وانما اتى بصيغة النفي تأكيدا للنهي ويجوز تقلده للقضاء من
السلطان الجائر ومن اهل البغي لان الصحابة تقلدوا القضاء من معاوية وكان
الحق مع علي في نوبته وعلماء السلف والتابعين تقلدوا من الحجاج وجوره
مشهور الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق فح لا يجوز تقلده لعدم حصول
الفائدة من التقلد واذا تقلد يسأل ديوان قاض قبله وهي الخرائط اي القطع
المجموعة من القراطيس التي فيها السجلات والمحاضر وغيرها من الصكوك السجلات
جمع سجل والمحاضر جمع محضر وفي الدرر ان المحضر ما كتب فيه خصومة المتخاصمين
عند القاضي وما جرى بينهما من الاقرار من المدعى عليه او الانكار منه والحكم بالبينة
او النكول على وجه يدفع الاشتباه وكذا السجل والصك ما كتب فيه البيع والرهن

والاقرار وغيرها والحجة والوثيقة بينا ولان التلثة وروى ان عمر رض اول من دون
الدواوين للولاة والقضاة ويبعث امينين بيان لكيفية التسليم والواحد يكفي
والاثنان للاحتياط يقبضانها بحضرة المعزول او امينه ويسأله اي يكشف
الحال لا للالزام فانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة شيئا
فشيئا اي مفصلا ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة لئلا يشتبه على المولى
وينظر في حال المحبوسين ويسألهم عن سبب حبسهم لانه نصب ناظرا للامور
المسلمين فمن اقر بحق او قامت عليه به اي بحق بينة الزمه ذلك الحق وحبسه
اذا طلب الخصم وذلك لقيام الحجة ولا يعمل بقول المعزول لانه صار بالعزل كواحد
من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لاسيما اذا كان على فعل نفسه فلا بد من
الاقرار او البينة والا اي وان لم يقر ولم يقم عليه بينة ينادي عليه اياما ويقول
المنادي ان القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني فليحضر
فان حضر فيها والا فاستظهر ثم يخلي سبيله بعد ما استظهر في امره وباخذ
عطف على استظهر منه كفيلا لان فعل المعزول حق ظاهرا فلا يعجل بالتخلية لجواز
ان يكون له خصم غائب يدعي عليه الحق اذا حضر وان قال لا كفيل لي او لا اعطي لك
كفيلا اذ لم يجب علي شيء نادى عليه شهرا ثم خلى سبيله ويعمل في الودائع
وغلات الوقوف لانه نصب ناظرا بالبينة او باقرار ذي اليد لان كلا منهما حجة لا
بقول المعزول لما ذكرناه الا اذا اقر ذو اليد بالتسليم منه فح يقبل قوله في الودائع
وغلات الوقوف لان باقرار ذي اليد ثبت ان اليد كانت للمعزول فيصح اقرار المعزول
به كأنه بيده للحال لانه لو كان بيده عيانا صح اقراره به فكذا اذا كان بيد مودعه
الا اذا بدأ ذو اليد بشيء مما اقر به المعزول او نكره وان كان الثاني فالقول قوله
ولا يجب عليه شيء بقول المعزول وان كان الاول فاما ان يقول ابتداء دفعه القاضي
المعزول الي وهو لمن اقر له القاضي فلان بن فلان او يقول دفعه القاضي الي
ولا ادري لمن هو فيعمل بقول المعزول فيهما لما ذكرناه او يقول دفعه الي القاضي
وهو لفلان غير من اقر له القاضي ثم يقول ودفعه الي القاضي فالحكم ح انه يسلمه
الى المقر له الاول سبق حقه ثم يضمن مثله او قيمته للقاضي المعزول لاقراره ثانيا

ان اليد له فياخذه المعزول ويسلم الى من اقر له كذا في النهاية ويجلس القاضي للحكم جلوسا
ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والجامع اولى على ما روى
عن ابي ح لكونه اشهر وادفع على الناس وقال البزدوي هذا اذا كان الجامع في وسط
البلدة والا يختار مسجدا في وسطها فلو جلس في داره واذن في الدخول
فلا بأس به هذا اذا كان داره في وسط البلدة كما في الجامع ولا يقبل القاضي
هدية لانها من جوالب القضاء وهو حرام الا من قريبه ذي رحم محرم منه لانه
من جوالب القرابة وهو مندوب لحصلة الرحم وفي الرد معنى القطيعة وهو حرام
او من جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لانه جرى على العادة لا من جوالب القضاء
ان لم يكن لهما اي للقريب ومن تلو خصومة للقاضي لانه لو كان بينهما خصومة
يكون من جوالب القضاء فيكون رشوة ولم يزد على العادة والا فيكون من جوالب
القضاء والذي ظهر من كلامه ان المهادات قبل القضاء بينه وبين القريب ليس
بشرط في قبول هدية القريب والذي يدل عليه كلام النهاية انها شرط كما في هدية
الاجنبي والحاصل ان المهدي للقاضي اما ذو خصومة اولا والاول لا يجوز قبول
هديته مطلقا والثاني اما ان يكون قريبا او من جرت له العادة بذلك اولا والثاني
كذلك والاول يجوز قبوله ان لم يزد على العادة وان اخذ القاضي ما لا يجوز له اخذه
اختلفوا فيه قال بعض مشايخنا يضعه في بيت المال وقال بعضهم يرده على
اربابه ان عرفهم وان لم يعرفهم او يعرفهم الا ان الرد متعذر لبعدهم يضعه في
بيت المال ويحضر القاضي الدعوة العامة لا الخاصة وهي اي الدعوة الخاصة
ما لا يتخذ المضيف ان لم يحضر القاضي وهو اختيار الامام السرخسي وصاحب الهداية
وقال بعضهم دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة وقيل فوق
العشرة عامة وما دونها خاصة ولا فرق بين القريب وغيره على قول ابي يوسف
ومعه ابو ح وعن محمد انه يجيب دعوة القريب وان كانت خاصة كالهدية ويشهد
الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلمين على ما روى مرفوعا ويتخذ
مترجما وكاتبا عدلا ومحضرا اذ الخصم قد يتمرد ويعاند فيحتاج الى احضاره
فيحضره الى الحاكم ومؤنة المحضر والاجرة على المتمرد على الصحيح وقيل في بيت المال على

صح

صح به في اوائل كتاب الدعوى من قاضيخان ويسوي اي القاضي بين الخصمين شريفا
ووضيعا ابا وابنا صغيرا وكبيرا حرا وعبدا سلطانا ورعايا غنيا هو وفقيرا جلوسا
اي يجلسهما بين يديه على الارض لانه لو اجلسهما في جانب واحد كان احدهما اقرب
اليه ففاتت التسوية ولو اجلس احدهما عن يمينه والاخر عن يساره فكذلك لفضل
اليمين على اليسار ولو خاصم رجل السلطان الى القاضي فجلس السلطان مع القاضي
في مجلسه والخصم على الارض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد
القاضي على الارض ثم يقضي بينهما على ما في العناية وفيه دليل على ان القاضي
يجوز له ان يحكم على من ولاه وامتثالا ونظرا لقوله عم اذا ابتلي احدكم بالقضاء
فليسو بينهم في المجلس والاشارة ولا يسار احدهما اي لا يكلم سرا في مجلس
القضاء ولا يشير اليه بيده او براسه ولا يضيفه من الضيافة دون الاخر
ولا يضحك اليه لما في جميع ذلك تهمة الميل فعليه الاحتراز ولان فيها كسر قلب الاخر
فيجتنب عن طلب حقه به فيترك فليحترز ولا يمزح معه او معهما لما فيه من اذهاب
مهابة القضاء وفي الصحاح الدعابة بضم الدال المزاح من وعب يعب اشتق
ولا يلقنه حجة لما فيه من التهمة ويكره تلقين الشاهد بقوله اتشهد بكذا لانه
اعانة له فيكره لمكان التهمة واستحسنه اي تلقين الشاهد ابو يوسف في غير
موضع التهمة لان القضاء لاحياء حقوق الناس وقد يحصر الشاهد عن البيان
لمهابة المجلس فكان في التلقين احياء للحقوق وهذا رخصة منه رجع اليه
بعد ما تولى القضاء والعزيمة قولهما وموضع التهمة مثلا ان يدعي المدعي الفا
وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة ويشهد الشاهد بالالف فالقاضي
ان قال يحتمل انه ابراء الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق به فهذا
لا يجوز بالاتفاق ولا يبيع ولا يشتري في مجلسه اي مجلس قضائه ولا بالحاج
اي مع الناس مطلقا فلا تكرار فيه وهذا لما فيه من اذهاب مهابة القضاء
فان عرض لهم هم او نعاس او غضب او جوع او عطش او حاجة كف عن
القضاء لدفعها واذا تقدم اليه الخصمان فان شاء قال لهما ما لكما وان شاء
سكت واذا تكلم احدهما سكت الاخر حتى يتم الاول كلامه ثم تكلم الاخر لانهما اذا تكلما معا

لا يتمكن من الفهم **فصل** في بيان ما يتعلق بالحبس بعد ثبوت الحق واذا ثبت الحق
للمدعي عند القاضي وكيلا كان المدعي او اصيلا وطلب حبس خصمه اي المدعى عليه
فان ثبت بالاقرار اي باقرار المدعى عليه لا يحبسه في اول الامر لان الحبس
جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وعند اقرار الحق لم يظهر كونه مماطلا في اول
الامر لان له ان يقول ظننت انك تمهلني الا اذا امره القاضي بالاداء فابى لانه
يظهر مطله فيترتب عليه جزاؤه وهو الحبس وان ثبت بالبينة حبسه قبل الامر
بالدفع لظهور مطله بالانكار وقيل لا يحبسه قبل الامر به وهو المروي
عن الامام السرخسي لان له بعد الثبوت بالبينة ان يقول ما علمت له دينا علي
فاذا علمت الان لم اتكاسل في قضائه والمال الغير مقدور في حق الحبس يحبس
في الدراهم وما دونه على ما في الخلاصة والمحبوس في الدين لا يخرج لمجيء
رمضان والفطر والاضحى والجمعة وصلوة مكتوبة وحجة فريضة وحضور
جنازة بعض اهله وموت والده وولده اذا كان ثمة من يكفنه ويغسله صيانة
لحق الطالب وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والاجداد والجدات والاولاد
وفي غيرهم لا يخرج مطلقا وعليه الفتوى كذا في الخلاصة وتعقبه في فتح
القدير بان محمدا نص على خلافه واجيب عنه بان نص محمد في المديون اصالة والكلام
في الكفيل وفي البحر صفة الحبس ان يكون في موضع ليس فيه فراش ولا وطاء
ولا يمكن احد يدخل عليه للاستيناس الا اقاربه وجيرانه ولا يمكنون انتهى ثم قال
فيه ولا يخرج للمعالجة لكانها في السجن ولا يمنع من الجماع ان احتاج اليه فتدخل
امرأته او جاريته عليه ان كان فيه موضع سترة واختلفوا في منعه من الكسب
والاصح المنع ولا يضرب ولا يغل ولا يجرد ولا يواجر وعن ابي يوسف ان القاضي
يوجره لقضاء دينه واذا خاف فراره قيده كذا في البزازية وفيها ايضا اذا خيف
الفرار يحول الى سجن اللصوص واذا جلس المحبوس في السجن متعنتا لا يوفي المال
قيل يطين الباب ويترك له ثقبة يلقى منها الماء والخبز وقيل الراي فيه الى القاضي
ويترك له دستان من الثياب ويباع الباقي وان كان له ثياب حسنة باعها
القاضي واشترى له الكفاية وصرف الفضل الى الدين ويباع ما لا يحتاج اليه في

الحال حتى اللبد في الصيف والنطع في الشتاء ولو كان له كانون من حديد يباع ويشترى
له من الطين وعن شريح انه باع العمامة ولو فلس المشتري ان كان قبل القبض يبيع
القاضي المبيع للثمن وعن الامام ان القاضي لا يبيع العقار والعرض وعن عصام لا يبيع
العقار اجماعا والخلاف في المنقول وقيل يبيع العقار عندهما وهو الاصح وفي شرح
القدوري الخلاف في مال الحاضر المحبوس وفي الغائب لا يبيع العقار ولا العروض
فان ادعى الفقر وانكره الطالب اختلف المشايخ في قبول دعواه على خمسة اقوال
احدها يقبل مطلقا اي في كل دين لزمه بدلا عن مال اولا رواه الخصاف عن اصحابنا
لان الاصل هو العسرة اذ الادمي يولد بلا مال والطالب يدعي امرا عارضا وهو اليسار
والقول قول من يتمسك بالاصل مع يمينه حتى يظهر خلافه والثاني ان القول له الا
فيما بدله مال فالقول فيه للطالب وهو مروي عن محمد وابي يوسف والثالث
ان كل ما كان سبيله سبيل البر والصلة كما في نفقة المحارم فالقول فيه له وفيما
ذلك فالقول للطالب والرابع ان يحكم الزي فان كان زي الفقراء كان القول له وان
كان زي الاغنياء فالقول للطالب الا في اهل العلم والاشراف كالعلوية والعباسية
فان الزي فيهم لا يكون دليل اليسار لانهم يتكلفون في الزي مع احتياجهم لئلا يذهب
ماء وجههم والخامس ما ذكره بقوله حبسه في كل ما اي دين لزمه بدل مال بسبب
العقد كالثمن وبدل القرض لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه وزواله عن
الملك محتمل والثابت لا يزول بالمحتمل او بالتزامه كالمهر المعجل احترز عن المؤجل فان
العادة جرت بتسليم المعجل فكان اقدامه على النكاح دليلا على قدرته والكفالة يعني
القول فيه للطالب لان اقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ العاقل لا يلتزم
الا ما يقدر على ادائه وكذا يحبس في الاجرة الواجبة ويشملها الثمن لانها ثمن
المنافع ويشمل الثمن ايضا ما على المشتري وما على البائع بفسخ البيع بالاقالة او
بالخيار وكذا يحبس في العين المغصوبة وكذا في الوديعة ان لم يدع هلاكها والا
لا يحبس فيها لانه عند عدم دعوى الهلاك يكون غاصبا لها وفي البزازية يتمكن
المكفول له من حبس الكفيل والاصيل معا وكفيل الكفيل وان كثر وفيها ايضا لها على
رجل دين لاحدهما اقل وللاخر اكثر فلصاحب الاقل حبسه وليس لصاحب الاكثر

اطلاقه بلا رضاه وان اراد احدهما اطلاقه بعد ما رضيا بحبسه ليس له ذلك وفي
القنية لصاحب الدين الاقل حبسه ولصاحب الاكثر اطلاقه ليكتسب ويؤدي له كذا
في البحر لا يحبسه فيما عدا ذلك يعني القول فيه للمديون لا للطالب بناء على ان الاصل
في بني آدم الفقر فيكون مدعيا متمسكا بالاصل وقال في البحر ويدخل تحته تسع
صور بدل الخلع وبدل العتق نصيب الشريك وبدل المغصوب المتلف ونفقة الزوجات
ونفقة الاقارب واروش الجنايات وبدل دم العمد وما تأخر من المهر بعد
الدخول وبدل المتلفات ثم قال ان الطرسوسي جعل بدل الخلع من قبيل ثمن
المبيع وبدل القرض لا من قبيل ما يدخل تحت قوله لا فيما عدا ذلك بل خطاء
من جعله من هذا القبيل كصاحب المختار ثم اجاب عنه بان بدل الخلع مما
التزم بعقد كالمهر فان الخلع مال العقد بايجاب وقبول ولتشكل هذا الجواب
ببدل الصلح عن دم العمد فانهم جعلوا فيه القول قول المديون لا الطالب مع انه
التزم بالعقد وقال الطرسوسي ان ادعى المديون انه لزمه عن ما ليس بمال وادعى
الداين انه ثمن متاع لم يذكرها الاصحاب وينبغي ان يكون القول فيها قول
المديون الا ان يقيم رب الدين البينة الا اذا برهن خصمه اي الطالب ان له مالا
فح يكون القول للطالب بمقتضى حجته ويحبسه شروع في بيان مدة الحبس مدة
يغلب على ظنه اي ظن القاضي انه لو كان له مال لاظهره هو الصحيح لان احوال الناس
متفاوت فمنهم من تضجر في المجلس في مدة قليلة ومنهم من لا تضجر في تلك
المدة فالراي فيه الى القاضي وقيل شهرين او ثلاثة او اربعة اشهر الى ستة اشهر
وقيل شهر واحد وما دون ذلك عاجل فان لم يظهر له مال بعد الحبس تلك
المدة يسال جيرانه واهل خبرته فان اخبر واحد ثقة او الاثنان اعساره
خلى سبيله لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ولا يلزم العدد
ولفظ الشهادة في هذه البينة لعدم المنازعة فيها لانه اخبار لا شهادة بخلاف
البينة فيما اشار اليها بقوله الا ان يبرهن خصمه على يساره بعد ان ادعى المط
اعساره فان العدد ولفظ الشهادة شرط فيها لوجود المنازعة فيؤبد
حبسه لظهور مطله وظلمه والحبس جزاؤه فان شهد شاهدان على اعساره

بعد اليسار خلى سبيله وليس هذا شهادة على النفي لان الاعسار بعد اليسار امر حادث
فيكون الشهادة عليه لا على النفي واذا اقام البينة على اليسار والاعسار بعله
فبينة الاعسار اولى لانه خلاف الاصل لان الاصل بقاء الشئ بعد حدوثه
فكان الاصل بقاء اليسار بعد حدوثه والبينات شرعت لاثبات خلاف
الاصل اذ الاصل لا يحتاج الى الاثبات وان استحلف المطلوب الطالب على انه
لا يعرف انه معسر حلفه القاضي فان نكل اطلقه وان حلف ابد الحبس علما في
العناية وقال في فتح القدير كلما تعارضت بينة اليسار والعسار قدمت بينة اليسار
لان فيها زيادة العلم اللهم الا ان يدعي المدعى انه موسر وهو يقول اعسرت
بعده واقام البينة فانها تقدم لان فيها امرا حادثا وهو حدوث ذهاب المال
انتهى وقال في البزازية انكر الزوج كونه موسرا فجاءت هي برجلين واخبرا
القاضي بيساره قبل بخلاف سائر الديون حيث لا يثبت اليسار فيها بالاخبار
وان اخبر واحد بيساره لا يثبت اليسار وان عدلا انتهى فعلم منه ان اليسار قد
يثبت بطريق الاخبار وقد يثبت بطريق الشهادة لا بطريق الاخبار وفي اطلاق
قوله خلى سبيله اشارة الى انه خلى سبيله بلا كفيل ولو في مال اليتيم والوقف
لكنه استثنى منه في البحر مال اليتيم ومال الوقف ومال الغائب حيث قال خلى
سبيله بلا كفيل الا في مال اليتيم والوقف والغائب فانه يأخذ فيها كفيلا
ثم خلى سبيله ولا يسمع البينة على اعساره قبل حبسه وعليه عامة المشايخ
يعني لو اخبر واحد ثقة او اثنان او شهد شاهدان قبل الحبس انه معسر مفلس
لا يعلم له مال الا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا امره سرا وعلانية
ففيه روايتان في رواية تقبل وفي رواية الاصل لا تقبل وعليه عامة
المشايخ وجه هذه الرواية ان هذه البينة قامت على النفي فلا تقبل الا اذا
تايدت بمؤيد واما اذا حبس مدة ومضت مدة الحبس فقد تايدت لان الظ
ان القادر على خلوص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها ولو قامت البينة على
اعساره بعد الحبس قبل مضي مدة الحبس وفيه روايتان ايضا في رواية
تقبل وفي رواية لا تقبل وعليه عامة المشايخ ايضا ويحبس الرجل لنفقة زوجته

اى للانفاق عليها لظهور ظلمه بالامتناع عنه بخلاف النفقة الماضية سواء سقطت
بمضى الزمان اولم تسقط بان حكم الحاكم بها او ان تصطلحا عليها فانه لا يحبس فيها
اما فى الساقطة فظ واما فى غير الساقطة فلانها ليست ببدل عن مال ولا لزمته
بعقد فالقول له مع يمينه فيما اذا قال انا فقير الا اذا برهنت الزوجة على يساره
وطلبت حبسه فيحبسه القاضى كذا فى البحر لا والد فى دين ولده اى لا يحبس
والد فى دين ولده وكذا والدة لان الحبس نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على
والده كالحد والقصاص الا ان ابى الوالد من الانفاق عليه اى على الولد ان كان
صغيرا علما فى الخلاصة لان فى اباءه هذا سعيا فى اهلاك ولده فيحبس لدفع
هلاكه ولان دين النفقة يفوت بمضى الزمان فيحبس حتى لا يفوت بخلاف سائر
الديون فانها لا تسقط بمضى الزمان فلا يخاف الفوات فلا يحبس فيها وكذا حكم
الجدات والاجداد وان علوا علما فى الخلاصة والتبيين ولا يحبس المولى
بدينه لعبده المأذون ان لم يكن على العبد دين لان ماله للمولى وان كان عليه
دين يحبس المولى لحق الغرماء لانها اجانب فلا يمتنع الحبس ولا يحبس العبد ايضا
بدينه لمولاه ولانه لا يجب له عليه دين وكذا لا يحبس المولى بدينه لمكاتبه
ان كان الدين من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة به ولانه اذا كان من
جنسه فقد ظفر بجنس حقه فله اخذه واما اذا لم يكن الدين من جنس بدل
الكتابة فيحبس المولى به لانه ليس له ان يجعله بالدين الا برضاه والمولى بمنزلة
الاجنبى عنه بالنسبة الى هذا الدين حتى يجب عليه الارش بالجناية عليه ويضمن
ما اتلف من ماله فكذا يحبس بدينه له اذا ظهر مطله ولا يحبس المكاتب لمولاه
بدين الكتابة لانه لا يصير ظالما بالامتناع عن بدل الكتابة لتمكنه من فسخ الكتابة
من غير رضاء مولاه ويحبس بدين لحز عليه غير الكتابة لانه يصير ظالما بمطله
اذ لا يقدر على الفسخ فى ظاهر الرواية وقيل لا يحبس فيه ايضا لانه يقدر على
اسقاطه بتعجيز نفسه عن الكتابة فيسقط كبدل الكتابة وكذا لا يحبس الصبى المحجور
على دين الاستهلاك ولو له مال وعقار اذا لم يكن له اب ولا وصى والرأى فيه الى
القاضى ياذن ببيع بعض ماله للايفاء وان كان له اب او وصى فانه يحبس الاب والوصى

اذا امتنع من قضاء دينه ولا يحبس الصبى الا بطريق التاديب كذا فى الخلاصة وقال
فى البحر ان من لا يحبس تسعة الاول الاصل فى دين فرعه وان علا الثانى المولى
فى دين عبده المأذون غير المديون وان كان مديونا يحبس لحق الغرماء الثالث
العبد لا يحبس بدين مولاه الرابع المولى لا يحبس بدين مكاتبه ان كان من جنس
بدل الكتابة لوقوع المقاصة والا يحبس لتوقفها على الرضاء الخامس لا يحبس
المكاتب بدين الكتابة وان كان دينا اخر يحبس به للمولى ومنهم من منعه لانه يتمكن
من اسقاطه بالتعجيز وصححه فى المبسوط وعليه الفتوى السادس لا يحبس صبى
على دين الاستهلاك ولو له مال من عروض وعقار اذا لم يكن له اب ولا وصى
والرأى فيه الى القاضى فيأذن فى بيع بعض ماله للايفاء وان امتنع الاب والوصى
عن اداء دينه ماله حبس الاب والوصى السابع اذا كان للعاقلة عطاء لا يحبسون
فى دية وارش تؤخذ من العطاء وان لم يكن له عطاء يحبسون كذا فى البزازية
الثامن المديون لا يحبس اذا علم القاضى ان له مالا غائبا التاسع ان المديون
لا يحبس اذا علم القاضى ان له محبوسا موسرا انتهى ولو مرض فى الحبس لا يخرج
ان كان له من يخدمه فيه لان الحبس شرع ليتضجر قلبه فيسارع الى قضاء الدين
وبالمرض يزداد الضجر والا اخرج لاحتمال الهلاك اذا لم يكن له من يمرضه وهو
ليس بمستحق عليه ولا يمكن المحترف من اشتغاله بحرفته فيه اى فى الحبس
ليتضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه ويمكن من وطى جاريته وكذا وطى امرأته
على ما فى الخلاصة ان كان فيه خلوة والا فلا لانه غير ممنوع عن قضاء شهوة
البطن والفرج وعن البحر ان قضاء شهوة الفرج ليس من اصول الحوائج فيمنع عنه
بخلاف قضاء شهوة البطن ولا يمنع عن دخول اهله وجيرانه عليه ليشاورهم
لقضاء دينه لكن يمنعون من طول مكثهم عنده وقد ذكرناه واذا تمت المدة
ولم يظهر له مال خلى سبيله وقد مر من قبل ولا يحول بينه وبين غرمائه اى
بعد الخروج من الحبس بل يلازمونه عليها سيأتى من معنى الملازمة ولا يمنعونه
من التصرف والسفر وياخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص ثم شرع
فى بيان معنى الملازمة فقال والملازمة ان يدور معه حيث دار فان دخل

داره جلسوا على الباب الى ان خرج ولا يدخلون معه الدار الا ان اذن الدخول ولو كان
الدين لرجل على امراة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية بل يبعث امراة
يلازمها ليتضجر بها وقالا اذا فلسه الحاكم يحول بينه وبين غرمائه الى ان يبرهنوا
ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فيثبت العسرة ويستحق النظرة
الى الميسرة وعند ابي ح لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غاد ورائح
ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال حق الملازمة

فصل في كتاب القاضي الى القاضي وهو جائز استحسانا لحاجة الناس اليه

اذا شهدوا عند القاضي على خصم حاضر قال في النهاية والعناية ليس المراد بالخصم
ههنا المدعى عليه بل المراد به هو الوكيل على الغائب او من جعله القاضي وكيلا
عنه لاثبات الحق لانه لو كان المراد به هو المدعى عليه نفسه لما احتيج الى كتاب
القاضي الى اخر لان حكم القاضي قد تم ويرد عليه ان على تقدير كون المراد به وكيل
الغائب لا يحتاج الى كتاب قاض اخر ايضا بل يكفي ثبوت مضمون السجل المكتوب
على وجه الوكيل على ما صرح به في التبيين حيث قال ان الحكم قد تم بحضور الخصم
بنفسه او من يقوم مقامه فلا يحتاج الى كتاب الحكم الى قاض اخر وبه صرح في
بعض الحواشي ايضا وقد يقال ان ذكر هذا الشق ليس مقصودا بالذات ههنا بل
انما ذكر لمجرد التوطئة للشق الثاني او لبيان ان هذا الكتاب سمي باسم السجل لا
لانه يكتب الى قاض اخر على ما صرح به في الكفاية او يقال ان المدعى عليه اذا غاب
بعد الحكم عليه وجحد ولم يسلم حقه فطلب المدعي من القاضي كتاب حكمه الى قاضي
بلدة فيها خصمه لتسليم حقه اليه وتنفيذ حكمه فانه يحتاج الى كتاب قاض اخر
عليها في الزيلعي وشرح المجمع حكم بها اي بالشهادة لوجود الحجة وكتب بالحكم بان
يقول حكمت او ثبت عندي وهو اي هذا الكتاب السجل لان السجل لا يكون الا بعد
الحكم وان شهدوا على غائب لا يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز عندنا
بل يكتب بها اي بالشهادة ليحكم القاضي المكتوب اليه وهو كتاب القاضي الى القاضي
والكتاب الحكمي واعلم ان كتاب القاضي الى القاضي نوعان احدهما يسمى سجلا وهو
المذكور اولا والثاني يسمى الكتاب الحكمي وهو المذكور ثانيا والفرق بينهما ان الاول

اذا وصل الى المكتوب اليه ليس له الا التنفيذ وافق مذهبه او لا لاتصال الحكم به
والثاني اذا وصله نفذه ان وافق مذهبه والا فلا لعدم اتصال الحكم به بل هو ابتداء
حكم على ما في العناية وغيرها وعلى هذا ففي قوله وهو كتاب القاضي الى القاضي
اشتباه وهو اي الكتاب الحكمي نقل الشهادة في الحقيقة اي لا الحكم لان القاضي الكاتب
لم يحكم بهذه الشهادة وانما نقلها للمكتوب اليه ليحكم بها ولهذا يحكم المكتوب اليه بها ان
وافق مذهبه والا فلا بخلاف السجل فانه ليس له ان يخالفه وانما ينفذه وافق
مذهبه او لا ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في كل ما لا يسقط بالشبهة احترز به
عن الحد والقصاص لانهما تندرئ بالشبهات وفي كتاب القاضي الى القاضي زيادة
شبهة لان كتابته لا يكون اقوى من عبارته وهو لو اخبر القاضي الاخر في محله
لم يعمل بخبره فكتابته اولى لانه قد يزور وانما جوزناه استحسانا لحاجة الناس
اليه كالدين فانه يعرف بالقدر والوصف ولا يحتاج فيه الى الاشارة لان الدين
مما يثبت بالشبهات ولا يحتاج فيه الى الاشارة والعقار لما ذكرناه في الدين
والنكاح بان ادعى رجل نكاحا على امراة او بالعكس واراد كتاب القاضي الى القاضي
وكذا الطلاق والعتاق والايصاء والوصية والشفعة والوكالة والوراثة و
الوفات والقتل الذي موجبه المال لا القصاص فان كتاب القاضي الى القاضي يقبل
في كلها لما ذكرناه في الدين والنسب من الحي او الميت والغصب والامانة والمضاربة
المجحودتين لانها بمنزلة الدين في عدم الاحتياج الى الاشارة عند الدعوى قيد
بالجحود لان عند الاقرار بمنزلة الاعيان المنقولة فلا يقبل في ظاهر الرواية
للحاجة الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة وعن محمد قبوله في كل ما ينقل
من العبيد والاماء وعليه المتاخرون وبه يفتى لضرورة الحاجة وهو قول
مالك واحمد والشافعي وقال ابو ح ومحمد في رواية اخرى عنه انه لا يقبل في
الاعيان المنقولة مطلقا للحاجة الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة واستحسنه
ابو يوسف في العبيد لكثرة اباقه فمست الحاجة الى الكتاب دون الاماء لقلة
اباقها وعنه انه يقبل فيهما بشرط ان يحلف المدعي ان له عبدا ابقا وهو اليوم في
يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف باسمه وصفته ونسبه ويكتب القاضي انه

شهد عندي فلان وفلان بان العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا
وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعي هذا وقد ابق الى بلدة كذا وهو اليوم عند
فلان بغير حق واذا وصل الكتاب اليه وثبت عنده انه من عند الكاتب سلم العبد
الى المدعي من غير ان يقضي له بالملك لان شهود الملك لم يشهدوا بحضرة العبد
ويأخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل خاتما من رصاص في عنق العبد كيلا يتهم
المدعي بالسرقة ويكتب كتابا الى القاضي الاول الذي كتبه اليه ويشهد شاهدين على
كتابه وختمه وعلمها في الكتاب فاذا وصل الكتاب الى القاضي الاول ويشهد
الشهود ان هذا كتابه وختمه امر المدعي ان يحضر شهوده الذي شهدوا عنده فيعيدوا
الشهادة بالاشارة الى العبد انه ملكه فاذا شهدوا حكم به وكتب الى المكتوب اليه
اولا بما ثبت عنده ليبرأ كفيله والجارية كالعبد فيما ذكرناه الا انه لا يسلمها للمدعي
بل يبعثها مع امين معه لئلا يطأها قبل القضاء بالملك له زاعما انها ملكه ولابد ان يكون
الكتاب الى قاض معلوم من قاض معلوم اسمه بان يقول في الكتاب من فلان القاضي
الى فلان القاضي ويذكر في الكتاب نسبهما اي نسب القاضي الكاتب والمكتوب اليه
كما يذكر اسمهما وان لم يذكر اسمهما ونسبهما لم يجز الكتاب ولو كتب اسم القاضي الكاتب ونسبه
ولم يكتب اسم المكتوب اليه ونسبه ولكنه كتب الى من بلغ كتابي هذا من قضاة المسلمين
لا يجوز عندهما وجوزه ابو يوسف وعليه عمل الناس اليوم ولو كتب اسم المكتوب اليه
ونسبه بعد كتابة اسم القاضي الكاتب ونسبه ثم كتب والى كل من يصل اليه
كتابي هذا من قضاة المسلمين جاز بالاجماع على ما في الخلاصة والبزازية واليه
اشار بقوله فان شاء قال بعده اي بعد ذكر اسمهما ونسبهما والى كل من يصل اليه
كتابي هذا من قضاة المسلمين وينبغي ان يذكر اسماء شهود الحادثة وانسابهم ايضا
ولو اكتفى بقوله فاقام شهودا عدولا او سألت عنهم فعدلوا جاز ذلك على ما في
قاضيخان ويذكر اسم المدعي والمدعى عليه وانسابهما ايضا والنسبة الى الاب
تكفي عندهما ولابد من النسبة الى الجد عند ح ومحمد مع ح في رواية شرح
الجامع الصغير وان لم ينسبه الى الجد لكن نسبه الى القبيلة ان كان ادنى القبائل
فهو كاف وان نسبه الى اعلى الافخاذ فقال تميمي فهو بمنزلة ما لو قال بخاري فلا يحصل

به المعرفة ولو لم ينسبه الى الجد ولا الى القبيلة لكن نسبه الى الحرفة لا يكفي عند ح و
عندهما ان كان معروفا بتلك الصناعة يكتفى على ما في الخلاصة وينبغي ان يكون
داخل الكتاب اسم القاضي الكاتب والمكتوب اليه ونسبهما وعليه عنوان الظ ايضا
والاعتبار الى العنوان الباطن حتى لو جاء بكتاب عليه اسمهما ونسبهما في عنوان
الظ دون الباطن لا يقبل ولو كان على العكس يقبل وابو يوسف جوز عنوان
الظ فقط والاحتياط ما قالاه لاحتمال التبديل في عنوان الظ بدون الباطن
على ما في الفتاوى ولابد ان يكتب في الكتاب التاريخ ايضا حتى لو لم يكتبه لا يقبل
بمجرد شهادة الشهود ويقرأ القاضي الكاتب كتابه الذي كتبه على الوجه الذي ذكرنا
على وجه من يشهد القاضي هو من الاشهاد راجع الى من باعتبار معنى الجمع عليه
اي على كتابه هذا يعني به شهود الطريق ويعلمهم من الاعلام اي ويعلم القاضي الكاتب
لشهود الطريق بما فيه اي في كتابه ويكون اسماؤهم اي اسماء شهود الطريق وكذا
انسابهم كشهود الحادثة داخله اي داخل الكتاب لان كونه كتاب القاضي الفلاني
لا يثبت بمجرد الشهادة ويختمه بحضرتهم اي حضرة شهود الطريق ويحفظوا اي
الشهود ما فيه اي الى وقت الاداء ويسلمه اي القاضي الكاتب اليهم اي الى شهود الطريق
لئلا يتوهم عليه التغيير وعند ح يسلمه الى المدعي وعليه عمل القضاة اليوم
على ما في الكفاية وابو يوسف لم يشترط شيئا من ذلك اي من ذكر اسم المكتوب اليه
ونسبه والقراءة عليهم وتعليمهم بما فيه وختمه عندهم وحفظهم ذلك الى وقت
الاداء بل جوز ان يكتبه ابتداء بعد ذكر اسم الكاتب ونسبه الى كل من يصل
اليه كتابي هذا على ما ذكرناه سوى انتهاء وهم انه كتابه في رواية واشترط الخاتم
في رواية على ما سيصرح به لما عوجين اي حين ابتلي بالقضاء تسهيلا على
الناس واختار السرخسي قوله وليس الخبر كالعيان فينبغي ان يشترط في الخبر
ما لا يشترط في العيان فالاحتياط فيما قال الامامان وهو قول ابي يوسف اولا
من زيادة اشتراط كون الكاتب والمكتوب اليه معلوما اسما ونسبا وغيرها
من الامور المذكورة لان الكتاب الحكمي من قبيل الخبر لا العيان واذا وصل الكتاب
الى المكتوب اليه نظر الى الختم ولا يقبله الا بحضرة الخصم لان ذلك بمنزلة اداء

الشهادة وذلك لا يكون الا بحضرة الخصم فكذلك هذا بخلاف سماع القاضي الكاتب فانه
جاز بغيبة الخصم لانه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وان كان بغيبته وفي شرح
الاقطع عن ابي يوسف انه يقبله من غير حضور الخصم لانه يختص بالمكتوب اليه فكان
له ان يقبله والحكم بعد ذلك بعمله من الكتاب فحضور الخصم معتبر عند الحكم به
وفي الخلاصة يسال المكتوب اليه الشهود عن القاضي الكاتب اهو عدل
ليكون ابعد عن الخلاف وبشهادة رجلين او رجل وامراتين اما اشتراط الحجة التامة
فلانه ملزم ولا الزام بدونها واما قبول رجل وامراتين فلانه حق لا يسقط
بالشبهات فيقبل كما في سائر الحقوق انه كتاب فلان القاضي قراه علينا وختمه
وسلمه الينا في مجلس حكمه هذه الشهادة على قولهما وعند ابي يوسف شهدوا
انه كتاب فلان وختمه وعنه ان الختم ليس بشرط تمامه من عدم اشتراط الامور
المذكورة تسهيلا على الناس وقال بعض مشايخنا ان كان الكتاب في يد المدعي
يفتى باشتراط الشهادة بالختم وان كان في يد الشهود يفتى بعدم الاشتراط واذا
شهدوا فتحه ولم يذكر اشتراط ظهور عدالتهم الفتح وهو لختينا والقدوري وذكر
الخصاف وصححه في الهداية وجزم به في الخلاصة انه يفتحه بعد ظهور العدالة
لانه اذا لم يظهر العدالة ربما احتاج المدعي الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة
حال قيام الختم ليشهدوا ان هذا كتاب فلان القاضي وختمه واما اذا فك الختم
فلا يمكنهم ذلك وقراه على الخصم والزمه بما فيه بحكم الشهادة ويبطل الكتاب
بموت الكاتب او عزله او خروجه عن اهلية القضاء بجنون او اغماء او فسق
اذا تولى وهو عدل ثم فسق عند بعض المشايخ قبل وصول الكتاب الى القاضي
المكتوب اليه او بعد الوصول اليه قبل القراءة واما بعدها فلا يبطل كما في البحر
وقال ابو يوسف في رواية وهو قول الشافعي لا يبطل لانه بمنزلة الشهادة
على الشهادة لانه بكتابه ينقل الشهادة والنقل قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود
الفروع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء وانه لا يمنع القضاء قلنا ان
هذا النقل له حكم القضاء بدليل انه لا يصح الا من القاضي ولم يشترط فيه العدد
ولفظة الشهادة ووجب على الكاتب هذا النقل لسماع البينة فيكون قضاء لكنه

غير تام لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب عليه الا بعد وصوله اليه
وقرائته عليه فيبطل كما في سائر الاقضية اذا مات القاضي او عزل او خرج عن الاهلية
قبل اتمام القضاء ويبطل ايضا بموت المكتوب اليه قبل القضاء وقال الشافعي لا يبطل
بموت المكتوب اليه بل يعمل به من كان قائما مقامه في القضاء قلنا ان الكاتب
اعتمد على علم الاول وامانته والقضاء يتفاوتون في اداء الامانة فصار كالامناء
في الاموال ويحتاط فيه لا يعتمد على كل احد فكذا ههنا الا ان يكتب بعد اسمه والى كل
من يصل من قضاة المسلمين لانه اتى بما هو شرط وهو ان يكون من معلوم الى معلوم
ثم صير غيره تبعا له ولا يضره ذلك نعم لو قال اولا من فلان بن فلان قاضي بلد كذا
والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين بلا كتب اسم المكتوب اليه لا يجوز على ما تقدم
لفقد الشرط وهو من معلوم الى معلوم وهذا من معلوم الى مجهول هذا عند ابي ح
ومحمد وجوزه ابو يوسف حين ابتلى بالقضاء تسهيلا على الناس لا يبطل بموت
الخصم بل ينفذ على وارثه لقيامهم مقامه سواء كان تاريخ الكتاب قبل موته او بعده
على ما في العناية ولو مات المدعي ينبغي ان لا يبطل ايضا على ما في الزيلعي لما ذكرناه
وكما يجوز كتاب القاضي الى القاضي كذلك يجوز كتاب كتاب القاضي الى الامير الذي
ولاه لكنه ان كان في مصره معه اقتصر على قوله اصلح الله امير الامير ثم قص
القصة ولا يكتب اكثر من ذلك وان كان في مصر اخر فلا بد من ذكر الاسم
والنسبة والخصم والشهادة كما في كتاب القاضي الى القاضي للتعرف كذا في الزيلعي
واذا علم القاضي بشيء من حقوق العباد بان شاهد انه غصب غصبا او طلق امراته
او قتله عمدا او خطأ او قذفه ونحوها فانه يجوز له القضاء بمجرد علمه حال
قضائه واحترز بغير حقوق العباد عن حقوق الله تعالى الخالصة كحد الزنا وشرب
الخمر فانه لا يقضي فيها بمجرد علمه الا اذا اتى بالسكران لكنه يعزره كذا في الخلاصة
والبزازية في زمن ولايته احترز به عما اذا علم قبل زمن قضائه بحادثة من حقوق
العباد ورفعت تلك الحادثة اليه في زمن قضائه لا يجوز قضاؤه فيها بمجرد
علمه عند ابي ح ومحمد وجوزه ابو يوسف كذا في التجريد وفي محلها احترز به
عما اذا علم حادثة من حقوق العباد في غير مصره الذي تولى فيه ثم حضر مصره

الذي تولاه فرفعت تلك الحادثة اليه لا يجوز قضاؤه فيها بمجرد علمه عنده خلافا لابي يوسف
ايضا جاز له ان يقضي بمجرد علمه بناء على ان المؤمن الشاهد حصول العلم بالقاضي وقد
حصل ذلك ولو علم في رستاق مصره فعندهما يقضي بمجرد علمه واختلفوا على قول
الامام سواء كان مقلدا على الرساتيق او لا بناء على ان القضاء في القرية والمفازة لا ينفذ
عند الامام ولو علم حادثة وهو قاض في مصره ثم عزل عن القضاء ثم اعيد على القضاء
بعد ذلك فعند الامام لا يقضي وعندهما يقضي على ما في الخلاصة قال في قضاء
الاشباه الفتوى على عدم العمل بعلم القاضي في زماننا كما في جامع الفصولين
وفي الخلاصة القاضي يقضي بعلمه في القصاص وحد القذف لا في غيره من
الحدود ولم يذكر المص المسافة بين القاضيين لما فيها من الاختلاف ففي ظاهر الرواية
انه لا بد من مسيرة ثلاثة ايام كالشهادة على الشهادة وجوزها محمد وان كانا في مصر
واحد وعن ابي يوسف ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت
في اهله صح الكتابة والاشهاد وفي السراجية وعليه الفتوى كذا في البحر وقد تقدم
ان الفتوى على قول ابي يوسف في كل ما يتعلق بالقضاء **فصل** ويجوز قضاء
المراة في كل حق غير حد وقود كما تقدم ان حكم القضاء يستقى من الشهادة فكل
من كان اهلا لها فهو اهل له وانما لم تقض فيهما لما في شهادتها من شبهة البدلية عن الرجل وفي البحر يجوز قضاء
المراة ولكن يأثم المولي لها مستدلا بحديث البخاري لم يفلح قوم ولوا امرهم امراة
وفي الخلاصة لو قضت المراة في الحدود والقصاص فرفع الى قاض اخر
فامضاه ليس لغيره ان يبطله بخلاف الصبي او العبد او النصراني فانه اذا
استقضي واحد منهم فقضى لا يجوز وان امضاه قاض اخر واما الخنثى يصح قضاؤه
بطريق الاولى وينبغي ان لا يصح في الحدود والقصاص لشبهة الانوثة ولا يستخلف
قاض اي لا ينصب نائبا للقضاء بعذر وبغير عذر كما في العناية الا ان يفوض
اليه ذلك اي الاستخلاف لانه انما قلد اليه القضاء دون التقليد بالقضاء
فصار كالوكيل حيث لا يجوز له التوكيل بدون الاذن من الموكل بخلاف المامور
بالجمعة حيث يجوز له الاستخلاف للخطبة والصلوة ابتداء وبعد ما احدث في
الصلوة وقبل الشروع فيها بعد اداء الخطبة لان الجمعة موقتة فتفوت بفوات

وقته فكان الاذن بها اذنا بالاستخلاف بخلاف القضاء لانها غير موقتة فلا يخاف
الفوات وقد تقدم تفصيله في باب صلوة الجمعة فارجع اليه واذا استخلف
المفوض اليه فنائبه لا ينعزل بعزله لانه صار قاضيا من جهة الخليفة فلا يملك
الاول عزله كالوكيل اذا اذن له الموكل بالتوكيل فوكل اخر فانه صار وكيلا عن الموكل
حتى لا يملك الوكيل عزله الا ان يقول الخليفة له ول من شئت واستبدل من
شئت فيملك الاول عزله واذا قال الخليفة جعلتك قاضي القضاة كان اذنا
له بالاستخلاف والعزل دلالة لان قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاء
تقليدا وعزلا على ما في العناية ولا بموته لما ذكرناه وانما ينعزل بموت الخليفة
كما عزل القاضي به ووكيل الوكيل بموت الموكل الاول بل هو نائب الاصل لكونه
ماذونا من جهته فان قيل ما الفرق بين الوصي والقاضي والوكيل حيث ان
الوصي يملك التفويض الى غيره توكيلا وايصاء او عزلا بخلاف القاضي والوكيل
مع ان كلا منها مفوض اليه من جهة الغير اجيب عنه بان اوان وجوب الوصاية
ما بعد الموت وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع
الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته من الغير وليس كذلك القضاء والتوكيل
هذا وهل يكون للمفوض اليه الاستخلاف قبل الوصول الى محل قضائه كما يملكه
بعده ففي البحر وظاهر اطلاقهم ان الماذون له بالاستخلاف صريحا او دلالة
يملكه قبل الوصول الى محل قضائه كما يملكه بعده وقد جرت عادتهم اذا ولو
السلطان قضاء بلدة بعيدة بارسال الخليفة يقوم مقامهم الى حضورهم هكذا
ذكره ثم نقل عن شرح ادب القاضي للخصاف ما يفيد ان القاضي لا يملك
الاستخلاف قبل وصوله الى محله محل عمله ثم نقل عن ذلك الشرح ايضا ما يفيد
ترجيح ما ذكره اولا من انه يملك الاستخلاف قبل الوصول الى محل قضائه وبعده
وغير المفوض اليه ان قضى نائبه اي ان استخلف غير المفوض اليه وقضى نائبه
بحضرته او بغيبته فاجازه جاز قضاء النائب اذا كان من اهل القضاء بان لا يكون
رقيقا او محدودا في قذف او كافرا او مجنونا لانه حضره اي الاول كما في
الوكالة حيث نفذ توكيل الوكيل بلا اذن التوكيل في حضرته او بغيبته

بعدان اجازه لماذكرناه واذا رفع الى القاضي حكم قاض اخر اطلقه فتسمل ما وافق راى
القاضي المرفوع اليه وماخالفه لرايه كذا في البحر في امر اختلف فيه الصدر الاول
اى الصحابة على ما في العناية وغاية البيان يعني ان الاختلاف الذى يجعل المحل
مجتهدا فيه هو الاختلاف الذى كان بين الصحابة لا الاختلاف الذى كان وقع
بعدهم حتى لو اختلف الشافعي والمالكي في حادثة لم يكن الحكم باختلافهما مجتهدا فيه
ما لم يختلف فيه الصدر الاول وعلى هذا اذا حكم الشافعي او المالكي برائيهما بخالف
رأى من تقدم عليه من الصدر الاول ورفع ذلك الى حاكم لم يره بذلك كان له
ان ينقضه قال في الخلاصة في هذه المسئلة اذا اختلف الفقهاء في مسئلة
فقضى فيها قاض بقول ثم جاء قاض اخر يرى غير ذلك امضى القاضي الاخر القضاء
الاول انتهى هكذا في الجامع الصغير ايضا فاشار المص الى ان المراد بالفقهاء في
كلامهم هذا هو الصدر الاول وقالوا وفي كلامهم هذا فوائد احدها انهم قيدوا
بالفقهاء اشارة الى ان القاضي اذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاه بموضع
الاجتهاد لا ينفذه القاضي المرفوع اليه على قول العامة ولهذا قال في الاستروشنية
لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك قيل ينفذ قضاه وعامتهم على انه
لا ينفذ وانما ينفذ اذا علم بكونه مجتهدا فيه قال شمس الائمة هو ظاهر المذهب
وثانيها انهم قيدوا بقولهم يرى غير ذلك اشارة الى ان الحكم اذا لم يكن مخالفا
للعدلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا لرايه او مخالفا فانه اذا نفذه وهو
مخالف لرايه ففيما يوافقه اولى كذا في العناية وثالثها ان العبرة في كون المحل
مجتهدا فيه الى حقيقة الاختلاف في الصدر الاول على ما هو المشهور في الكتب
لا اشتباه الدليل على ما هو الظاهر من لفظ المتن وذهب اليه بعض العلماء مستدلين
بمسائل منها ان القاضي لو قضى بابطال طلاق المكره نفذ قضاؤه لانه قضاه
في فصل مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل لان اعتبار الطلاق بسائر
التصرفات ينفي حكمه ومنها انه لو قضى في حد او قصاص بشهادة رجل وامرأتين
نفذ قضاه لانه في فصل مجتهد لاشتباه الدليل لاعتبار عموم قوله تعالى
فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ومنها انه لو قضى بجواز نكاح بغير شهود نفذ

لاشتباه

لاشتباه الدليل ولم ينقل الينا في هذه المسائل اختلاف بين الصحابة والتابعين
وانما الاختلاف فيها بين المتاخرين كذا في الكفاية في كلام المص ساكتة عن
الفائدة الثانية قلت وفي كل من الفوائد المذكورة بحث اما في الاول فلما
ذكره في البحر نقلا عن الخلاصة ان اشتراط كونه عالما بالاختلاف اى موضع
الاجتهاد وان كان ظاهر المذهب لكن يفتى بخلافه والتحقيق المعتمد ان علمه
بكون ما حكم به مجتهدا فيه شرط واما علمه بكون المسئلة اجتهادية فلا ثم قال
نقلا عن فتح القدير وعندى ان هذا الشرط لا يعول عليه واما في الثاني فلما
فيه من الخلاف ففي البحر لو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه
نفذ عند ابى ح وفي العامة روايتان عنه وعندهما لا ينفذ في الوجهين
واختلف في الترجيح ففي الخانية اظهر الروايتين عن ابى ح نفاذ قضاه وعليه
الفتوى وهكذا في الفتاوى الصغرى وفي المعراج عزوا الى المحيط الفتوى على
قولهما وهكذا في الهداية وفي فتح القدير قد اختلف في الفتوى والوجه في
هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل
لا قصد جميل واما الناسي فلان المقلد انما ولاه ليحكم على مذهبه فلا يملك
المخالفة ثم اعلم ان عباراتهم مختلفة في هذه المسئلة اعني ما اذا قضى المقلد
بخلاف مذهبه موافقا لمذهب مجتهد ففي البزازية عزوا الى شرح الطحاوي اذا لم يكن
القاضي مجتهدا وقضى بالفتوى ثم تبين انه على خلاف مذهبه نفذ وليس لغيره
نقضه وله ان ينقضه كذا عن محمد وقال الثاني ليس له ان ينقضه ايضا
انتهى وهكذا في العمادية وقال في مال الفتاوى قضى بخلاف مذهبه وهو مختلف فيه
قال ابو ح ينفذ وقال ابو يوسف لا ينفذ انتهى هكذا ذكره في البحر ثم قال بعد
نقول كثيرة والحق في هذه المسئلة ان القاضي اذا حكم على خلاف مذهبه فان كان
متوهما انه على وفقه فانه باطل يجب نقضه وان وافق مجتهدا فيه وان كان
معتمدا مذهب غيره فانه لا ينقض وهذا التفصيل متعين في حكام زماننا
فانهم لا يعتمدون في احكامهم على الاجتهاد لا مطلقا ولا مقيدا لكونهم مقلدين
فاذا جرى منهم الحكم بخلاف مذهبهم فهو مقطوع لكونه منه خطاء فينقض وقولهم

لا ينقض الحكم في المجتهدات مبطل بان الاجتهاد لا ينقض بمثله انتهى واما في الثالث فلما في
فتح القدير ان النظر الى اختلاف الفقهاء مطلقا في كون المحل مجتهدا فيه لا الى اختلاف
الصحابة فقط وان المسئلة يكون مجتهدا فيها باختلاف مالك والشافعي حيث قال
فيه قد صح ان مالكا والشافعي وابا حنيفة مجتهدون فلا شك في كون محل اختلافهم
اجتهاديا ويؤيده ما في الذخيرة عن الحلواني ان الاب اذا خالع الصغيرة على
صداقها وراه خيرا لها بان كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان على قول مالك
يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرا الزوج عنه فاذا قضى به قاض نفذ انتهى
وفي الخلاصة المختلف بين السلف كالمختلف بين الصحابة فكانت العبرة في
المسائل كلها حنفية الى الاختلاف بين الفقهاء مطلقا لا الى مجرد اشتباه الدليل
ولا الى الاختلاف بين الصحابة فقط على ان ما ذكروه في المسئلة الثانية من
نفاذ القضاء في الحدود والقصاص بشهادة رجل وامراتين مخالف لما ذكره
في البحر من عدم نفاذه عليها سيذكره امضاه اي الرفع ولا يبطله لان القضا
متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني مثل اجتهاد
الاول في احتمال الخطاء وقد ترجح الاول باتصال القضاء فلا ينقض بما دونه
درجة وهو ما لم يتصل القضاء به ويؤيده ما روي عن عمر رض لما شغله
اشتغال المسلمين استعان بزيد بن ثابت فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر احد
الخصمين فقال ان زيدا قضى علي يا امير المؤمنين فقال له عمر لو كنت لقضيت لك
فقال ما يمنعك يا امير المؤمنين الساعة فاقض لي فقال عمر لو كان هناك نص
لقضيت لك ولكن هنا راي والراي مشترك هذا فيما اذا كان القاضي مجتهدا
واما اذا كان مقلدا ففيه تفصيل ذكرناه انفا وهل يجوز له امضاؤه وتنفيذه
من غير خصم شرعي وطلب شرعي ام لا بد له من ذلك اقول لا بد له من ذلك
لان القضاء انشاء الزام في حقوق العباد بعد دعوى صحيحة من خصم حاضر
على خصم حاضر والاصل في التنفيذ ان يكون حكما فلا بد من مراعاة شروط
القضاء ان يكون تنفيذا شرعيا وكذا الحال فيما اذا دفع الى قاض حجة قاض اخر
في حادثة عليه وما فعله قضاة زماننا من انهم يمضون حجة القاضي الاخر

بلا

بلا خصم شرعي وطلب شرعي فليس بتنفيذ القضاء بل اعلام احاطة علمه بتلك الحجة
ان لم يخالف حكم القاضي الاول الكتاب الذي لم يختلف السلف في تاويله كقوله
تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء الا ما قد سلف فانهم اتفقوا على عدم
جواز تزوج امراة الاب وجاريته ووطئها ان وطئها الاب فلو حكم حاكم
بجواز ذلك نقضه من رفع اليه ذلك وكما لو حكم بحل متروك التسمية عامدا فانه
مخالف لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه بالاتفاق او السنة المشهورة
كالحكم بحل المطلقة الثلاث للزوج الاول بمجرد النكاح بدون اصابة الزوج الثاني
فانه ثابت بحديث العسيلة او الاجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضي في فصل
مجتهد فيه وببطلان الدعوى بمجرد مضي السنين مع سكوت المدعي والحاصل
ان امضاء القاضي الثاني يحتاج الى ان يكون المحل مجتهدا فيه والمحل المجتهد فيه
ما اختلف فيه الصدر الاول على ما اختاره بعض المشايخ ومنهم المص ولم يكن
مخالفا لواحد من الادلة الثلاثة وان خالف لا يمضيه الثاني بل يبطله وان
امضاه الثاني ابطله الثالث ثم وثم ولو الى الف لان قضاه وقع باطلا فلا يعود
صحيحا والمواضع التي لا ينفذ القضاء فيها ولا يصح الامضاء عليها كثيرة والتي ذكرنا
هنا خمس كما ترى ومن تلك المواضع ايضا القضاء بتفريق بين الزوجين لعجز
الزوج عن النفقة حال غيبته ومنها القضاء بصحة نكاح مزنية ابيه او ابنه
او بصحة نكاح ام مزنيته او بنتها او بصحة نكاح المتعة او بسقوط المهر بلا بينة
او اقرار او بعدم تاجيل العنين او بعدم صحة الرجعة بلا رضاها او بعدم وقوع
الثلاث على الحامل او بعدم وقوع الثلاث على غير المدخول بها او بعدم وقوع
طلاق الحائض او بعدم وقوع الزائد على الواحدة او بعدم وقوع الثلاث بكلمة
واحدة او بعدم وقوع الطلاق في طهر جامعها فيه او بنصف الجهاز لمن
طلق امراته قبل الدخول بها بعد قبض المهر او بشاهد ويمين او بشهادة رجل
وامراتين في الحدود والقصاص او بتفريق الزوجين بشهادة واحد على الرضاع
او بصحة بيع نصيب الساكت المقرض في حرره لاحد الشريكين او بجواز بيع ام الولد
الى غير ذلك مما ذكره في البحر وما اجتمع عليه الجمهور اي اكثر الناس على ما في العناية

والكفاية لا يعتبر فيه خلاف البعض لان ذلك خلاف لا اختلاف كذا في الهداية فعلى
هذا اذا حكم القاضي على خلاف ما عليه الاكثر كان حكما على خلاف الاجماع فينقضه
من رفع اليه ذلك الحكم ولا يخفى عليك ان هذا مخالف لما ذهب اليه جمهور الاصوليين
من اصحابنا من ان الاجماع لا ينعقد بمخالفة البعض وان كان واحدا حتى صرحوا
ان شرط الاجماع ان يجتمع علماء العصر على حكم واما اذا اجتمع اكثرهم على حكم وخالفهم
في ذلك واحد او اثنان لم يثبت الاجماع اللهم الا ان يقال انه بناء على مذهب
ابي عبد الله الجرجاني وابي بكر الرازي من اصحابنا من ان الاكثرين ممن اجمعوا
ان يسوغوا الاجتهاد للمخالف فيما ذهب اليه ولم ينكروا عليه كان خلافه معتدا
به ولا ينعقد الاجماع بخلافه مثل خلاف ابن عباس في توريث الام ثلث جميع
المال مع الزوج والاب او مع المراة والاب وخلاف ابي بكر في قتال مانعي الزكوة
وان لم يسوغوا له ذلك الاجتهاد وانكروا عليه لا يعتد بخلافه ولا يخل
بانعقاد الاجماع مثل خلاف ابي موسى الاشعري في ان النوم مطلقا ينقض
الوضوء واختاره شمس الائمة السرخسي وخلاف ابن عباس في تحريم ربو
الفضل ولذا قال في الخلاصة ولو قضى بجواز بيع الدرهم بدرهمين يدا بيد
باعيانهما اخذا بقول ابن عباس لا ينفذ وان كان مختلفا فيه بين الصحابة
لانه لم يوافقه احد من الصحابة وانكروا عليه فكان مهجورا انتهى والقضاء
بحل او حرمة ينفذ ظاهرا اي فيما بيننا وباطنا اي عند الله يعني لو قضى القاضي
بتحريم شيء بيننا فهو حلال عند الله تعالى ولو وصلية بشهادة زور اي كذب
لكن لا مطلقا بل ادعى بسبب معين اما من العقود كالبيع والشراء والاجارة والنكاح
او من الفسوخ كالاقالة والطلاق والعتاق هذا عند ابي ح وعندهما لا ينفذ
باطنا بشهادة الزور وهو قول الشافعي لان صحة القضاء على الحجة وهي
باطلة باطنا لكونهم كذبة فلا ينفذ باطنا ولكن العدالة الظاهرة دليل الصدق
ظاهرا فاعتبرت حجة من حيث الظاهر فيعمل بها ظاهرا ولابي ح ان حجة القضاء
قامت ووجب على القاضي العمل بها لان حقيقة الصدق ساقطة العبرة لتعذر
الوصول اليها فبقيت العبرة لظاهر العدالة التي اعتبرها الشرع فاذا وجد فقد قام

دليل الشرع فيعمل به ظاهرا وباطنا فلو اقامت المراة بينة زور على رجل انه تزوجها
وهو ينكر وحكم به اي بالنكاح حل لها تمكينه وللرجل وطؤها عند ابي ح وكذا لو ادعى
رجل على امراة نكاحا وانكرت هي فاقام عليها بينة زور وحكم به القاضي حل
للزوج وطؤها وللمراة تمكينه وكذا اذا قضى بشهادة الزور بالبيع او الشراء يحل
للمدعي تناول المدعى به بالوطء او الاكل او الشرب ولا يشترط ان يكون القضاء
بالنكاح بحضور من يصلح شاهدا عند بعض المشايخ لان الشهادة انما شرطت لانشاء
النكاح قصدا والانشاء هنا ثبت اقتضاء فلا يشترط الشهادة وقال بعضهم
يشترط لانها شرط صحة العقد هذا في العقود ومن الفسوخ ما اذا ادعى
احد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية مثلا بالاقالة واقام شاهدي زور
وقضى القاضي بالفرقة حل للبائع وطؤها ومنها ما اذا ادعت على زوجها انه
طلقها ثلثا واقامت شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج
اخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها علم ان الزوج الاول لم يطلقها
او لم يعلم بذلك عليهما في العناية وفي البحر وحل لاحد الشاهدين ان يتزوجها
ويطأها ولا يحل للزوج الاول وطؤها ولا يحل لها تمكينه لان الشهادة تنفذ ظاهرا
وباطنا وان اثم الشاهدان اثما عظيما عليهما في الولوالجية لكن نفاذها عنده
شرطان الاول عدم علم القاضي بكذب الشاهدين وان علم كذبهما لم ينفذ عليهما
في فتح القدير الثاني كون المحل قابلا فاذا كانت المراة تحت زوج او كانت معتدة
او مرتدة او محرمة بمصاهرة او برضاع لم ينفذ لانه لا يقبل الانشاء خلافا لهما
لما ذكرناه وفي الاملاك المرسلة اي المطلقة عن تعيين السبب بان ادعى جارية
بانها ملكه ولم يذكر السبب من الشراء او الارث او الهبة واقام على ذلك بينة زور
وقضى بها لا ينفذ باطنا اي لا يحل وطؤها اتفاقا لان اسباب الملك متزاحمة وليس
بعضها اولى من بعض بالالغاء بدون التعيين واثبات الملك بدون الاسباب
ليس في وسع البشر فتعين الالغاء بخلاف ما اذا ادعى سببا معينا من العقود والفسوخ
على ما مر لان الاسباب يثبت مقدما على القضاء اقتضاء تصحيحا للقضاء ثم يثبت
الملك والقضاء في المجتهد فيه قد تقدم بيان كون المسئلة مجتهدا فيها بخلاف فيه

ناسيا لمذهبه او عامدا لا ينفذ عندهما وبه يفتى وعند الامام ينفذ لو ناسيا وفي
العمد روايتان وقد تقدم الاختلاف في الفتوى منهم من يفتي بقولهما ومنهم من يفتي
بقول الامام لهما انه قضى بما هو خطأ عنده فيعمل بزعمه ولابي ح في النفاذ انه ليس
بخطأ يقينا لكونه محل اجتهاد فيكون الحكم فيه نافذا ولا يقضي على غائب اي عن
مجلس القاضي الا بحضرة نائبه اعلم ان القضاء على الغائب وله لا يجوز عندنا الا
اذا حضر من يقوم مقامه على الوجه الذي سيأتي بيانه في الكتاب وقال الشافعي
ان غاب عن البلد او عن مجلس الحكم فاستتر في البلد جاز والا لا يصح في الاصح
لان في الاستتار تضييعا للحقوق دون غيره واستدل بان ثبوت القضاء
بالبينة فاذا وجدت ظهر الحق فيجب للقاضي العمل بمقتضاها ولنا ان العمل بالشهادة
لقطع المنازعة لان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على
الدليل المحتمل الا ان الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ولهذا اذا كان حاضرا
واقر بالحق لا حاجة اليها ولا منازعة الا بالانكار ولم يوجد عند غيبة الخصم
والحاصل ان القضاء اما بالاقرار وبالشهادة عند الانكار ولم يوجد كل منهما ولم يصح
القضاء فان قيل لا نسلم ان الشهادة يحتاج الى الانكار كيف وانها تعمل بدون الانكار



اذا حضر الخصم وسكت اجيب بان الشرع انزله منكرا حملا لامره على الصلاح اذ الظ
من حال المسلم ان لا يسكت عن دينه فاذا سكت علم انه منكر حتى يقام عليه الحجة لانه
لو كان مقرا لما احتيج الى الحجة فكان الانكار موجودا حكما فان قيل سلمنا انه لا منازعة
الا بالانكار لكنه موجود ظاهرا فيما نحن فيه اعني عند غيبة الخصم لان الاصل عدم الاقرار
اذ الاصل في اليد الملك قلنا ممنوع فان الظ من حاله الاقرار لان المدعي صادق
ظاهرا لوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الاقرار لعقله
ودينه ايضا فان قيل هل الحكم كذلك فيما لو انكر وغاب اي عن سماع البينة وعدم
صحة القضاء ام كان الواجب سماع البينة وصحة القضاء لوجود الانكار قلنا
الحكم فيه ايضا عدم صحة القضاء لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء لان حجية
البينة لا تتم الا بالقضاء وهكذا الحكم فيما لو انكر وسمع البينة ثم غاب قبل القضاء
لعدم الانكار وقت القضاء فان قيل وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد

ظهور

ظهور الحق بالبينة وان كان غائبا لانه ان حضر فاقر لزمت الدعوى وان انكر فكذلك
اجيب بان النزاع في ظهوره بالبينة فانه عندنا لا يظهر بها الا بالنزاع وبانه
مفيد لاحتمال ان يطعن في الشهود او يسلم الدعوى ويدعي الاداء او يثبته وعن
ابي يوسف يجوز القضاء على الغائب فيما اذا انكر وغاب استصحابا قال في الجنس
الثاني من قضاء الخلاصة لو اقيمت عليه البينة على انكار ثم غاب المدعى عليه او مات
لا يقضى عليه حال غيبته او موته وعن ابي يوسف انه يقضى واجمعوا انه لو اقر به
لهذا المدعي ثم غاب يقضي القاضي عليه حال غيبته انتهى قلنا الاستصحاب
انما يصلح للدفع لا للاثبات فان قيل قد ثبت ان القضاء على الغائب وله لا يصح
عندكم ولو فعل القاضي ذلك مع عدم صحته هل ينفذ ام لا قلنا ينفذ لما ذكره
في كتاب المفقود من الخلاصة والبزازية ان القاضي هل يقضي على الغائب وهل ينصب
وكيلا على الغائب وعن الغائب فعندنا لا الا اما لو فعل ذلك وقضى على الغائب
نفذ بالاجماع فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف على امضاء
قاض اخر قلنا لا بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة هل تكون حجة من غير
خصم حاضر للقضاء ام لا فاذا راها القاضي حجة وقضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة
المحدود في القذف وعليه الفتوى انتهى وذكر القاضي ظهير الدين ان نفس القضاء مختلف فيه
فيتوقف على الامضاء وقال الامام ظهير الدين في نفاذ القضاء على الغائب روايتان
ونحن نفتي بعدم النفاذ كيلا يتطرقوا الى هدم مذهب اصحابنا وقال في قاضيخان
لو ان القاضي سمع بينة على الغائب من غير خصم ووكيل وقضى على الغائب في نفاذ
قضائه على الغائب روايتان ذكر شمس الائمة السرخسي والامام المعروف
بخواهرزاده انه ينفذ قضاؤه وغيرهما من المشايخ انه لا ينفذ وقال في البحر
الذي ظهر من كلامهم ان المذهب عند اصحابنا عدم صحة القضاء على الغائب وان
كان القاضي الذي يراه قضى عليه فانه يتوقف على الامضاء لان الاختلاف في
نفس القضاء وما عدا هذا من الاقوال من تصرفات بعض المشايخ انتهى فقد ترجح
ما ذكره قاضي ظهير ثم قال في البحر ايضا ثم ظهر لي ما يجب المصير اليه وهو انهم انما
قالوا بان الفتوى على النفاذ اذا قضى على الغائب فيما اذا قضى على المفقود لا في مطلق الغائب

ثم ذكر مسئلة من قاضيخان تدل على الفرق بين المفقود وغيره وهي رجل قدم رجلا الى
قاض وقال ان لابي على هذا الرجل الف درهم وابي غائب وانا اخاف ان يتوارى هذا
الرجل فجعله القاضي وكيلا لابيه وقبل بينة الابن على المال فحكم بذلك ثم رفع الى
قاض اخر قال الثاني لا يجيز قضاء الاول لان بينة الابن ما قامت بحق على الغائب
حتى يكون ذلك قضاء على الغائب وانما قامت لغائب وهذا بخلاف المفقود فان
القاضي يجعل ابن المفقود وكيلا في طلب حقوقه لان المفقود بمنزلة الميت
فكان للقاضي نوع بسوطة في ماله انتهى قلت في دلالة هذه المسئلة على
ما ذكره من الفرق بين القضاء على المفقود وبين القضاء على غيره من الغائب
نظر لان غاية ما تدل هذه المسئلة عليه هو الفرق بين القضاء للغائب
وبين القضاء للمفقود بعد نصب الوكيل عنهما وكلامه في القضاء على الغائب
لا للغائب هذا واعلم ان مسئلة القضاء على الغائب ذكرها في جامع الفصولين
بحيث لا مزيد عليه ثم قال قد اضطرب اراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم للغائب
وعليه ولم يصف ولم ينقل عنهم اصل قوي ظاهر يبني عليه الفروع بلا اضطراب
ولا اشكال فالظ عندي ان يتأمل في الوقايع ويحتاط ويلاحظ الحرج
والضرورات فيفتى بحسبها جوازا وفسادا مثلا لو طلق امرأته عند العدول
فغاب عن البلد ولا يعرف مكانه او يعرف ولكن يعجز عن احضاره وعن ان تسافر
اليه هي او وكيلها لبعده او لمانع اخر كان لا يرضى احد بالوكالة وكذا المديون
لو غاب عن البلد وله نقد في البلد او نحو ذلك ففي مثل هذه المواضع لو برهن
على الغائب بحيث اطمأن قلب القاضي وغلب ظنه انه حق لا تزوير ولا حيلة فيه
فينبغي ان يحكم للغائب وعلى الغائب وكذا ينبغي للمفتي ان يفتي بجوازه دفعا للحرج
والضرورات وصيانة للحقوق عن الضياع مع انه مجتهد فيه ذهب الى جوازه
الشافعي ومالك واحمد وفيه روايتان عن اصحابنا والاحوط ان ينصب عن
الغائب وكيل يعرف انه يراعي جانب الغائب ولا يفرط في حقه انتهى قلت هذا
الفصل حسن يعمل به ولما ذكر ان القضاء على الغائب لا يجوز الا ان يحضر من
يقوم مقامه ثم شرع في بيان من يقوم مقامه فقال حقيقة كوكيله اي وكيل

الغائب بان جعله الغائب وكيلا عنه للخصومة والدعوى او للقضاء كما اذا اقيمت
البينة عليه فوكل شخصا للقضاء عليه ثم غاب كذا في البحر ثم قال فيه الوكيل هنا
اعم ممن نصبه الغائب وممن نصبه القاضي وكيلا عنه وهو المسمى بالمسخر وفيه اختلاف
او شرعا كوصي نصبه القاضي من الغائب او حكما شرعيا لا يحتاج في اقامة الحاضر
مقام الغائب الى فعل فاعل اصلا وكما في الاولين وذلك على نوعين احدهما معتبر
في جعل الحاضر خصما عن الغائب والثاني غير معتبر فاشار الى الاول بقوله بان
كان ما يدعى على الغائب سببا لازما انما قيدنا به احترازا عما اذا كان سببا
في وقت دون وقت فان الحاضر فيه لا يقوم مقام الغائب كما اذا قال رجل
لامرأة غائب ان زوجك الغائب وكلني ان احملك اليه فقالت انه كان قد طلقني
ثلثا واقامت بينة فبكت بينتها في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق اثبات
الطلاق على الغائب حتى اذا حضر الغائب وانكر الطلاق يجب عليها اعادة البينة
لان ما يدعي على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم كثبوت ما يدعي على
الحاضر وهو قصر يده فان الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بان
لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق بل كان وكيلا بالحمل بعده وقد يوجب بان كان
وكيلا قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سببا لثبوت المدعى على الحاضر
من وجه دون وجه فقلنا نقضي بقصر اليد دون الطلاق عملا بهما كذا في
العناية وهكذا ذكره في العمادي ثم ذكر مسائل الجزئي منها رجل جاء الى عبد
انسان وقال ان مولاك وكلني بان احملك اليه فاقام العبد بينة ان مولاه
اعتقه تقبل بينته في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق ثبوت العتق على
الغائب ومنها لو وكل رجلا باجارة عبده فاقام العبد بينة على اعتاق الموكل
له تقبل في حق قصر يد الحاضر لا في حق ثبوت العتق على الغائب ومنها لو وكل
رجلا بقبض داره فاقام ذو اليد بينة على الشراء من الموكل تقبل في حق قصر يد
الحاضر لا في حق ثبوت البيع على الغائب لما يدعي على الحاضر سواء كان المدعى
امرا واحدا او امرين والاول في مسائل كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها ملكه
اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها وانكر ذو اليد وقال الدار داري فاقام

المدعي بينة على دعواه قبلت بينته ويكون ذلك قضاء على الغائب والحاضر معا
وينتصب الحاضر خصما عن الغائب ولا يحتاج الى اعادة البينة عند حضور الغائب
لان المدعي شيء واحد وهو الدار وما يدعي على الغائب وهو الشراء منه سبب
لثبوت ما يدعي على الحاضر لان الشراء من المالك سبب لا محالة وكما اذا ادعى
على رجل انه كفيل عن فلان بما يذوب له عليه فاقر المدعى عليه الكفالة وانكر
الحق واقام المدعي البينة انه ذاب له على فلان كذا فانه يقضي بها في حق الكفيل
الحاضر وفي حق الغائب جميعا حتى لو حضر الغائب وانكر لا يلتفت الى انكاره
لان المدعي شيء واحد وهو الكفالة عن فلان الغائب وما يدعي على الغائب وهو
وجوب الحق عليه سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لان وجوب الحق على الغائب
سبب لثبوته على الكفيل وكما اذا ادعى الشفعة في دار هي في يد انسان وقال
ذو اليد الدار داري ما اشتريتها من احد فاقام المدعي البينة ان ذا اليد اشترى
هذه الدار من فلان بالف درهم وهو يملكها وانه شفيعها يقضي بالشراء في حق
ذي اليد والغائب جميعا لما قدمناه ايضا والثاني في مسائل ايضا منها اذا شهد
شاهدان على رجل لحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب
فاقام المشهود له بينة ان فلانا الغائب اعتقهما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة
ويثبت العتق في حق الحاضر والغائب جميعا والمدعي شيئان المال والعتق على
الغائب الا ان المدعى على الغائب سبب لثبوت المدعي على الحاضر لا محالة لان
ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فصار كشيء واحد من حيث المعنى ومنها
اذا قذف محصنا حتى وجب عليه الحد فقال القاذف انا عبد وعلي حد العبيد
وقال المقذوف لا بل اعتقك مولاك ولي عليك حد الاحرار واقام بينة على ذلك
تقبل ويقضي بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعا حتى لو حضر الغائب
وانكر العتق لا يلتفت الى انكاره وان ادعى شيئين مختلفين لانه ادعى على الحاضر
حدا كاملا وعلى الغائب العتق لكن لما كان العتق سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر
قضي بالبينة في حق الحاضر والغائب جميعا ومنها اذا قتل رجلا عمدا وله وليان
غاب احدهما فادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبي

مالا وانكر القاتل فاقام المدعي البينة على ذلك تقبل ويقضي بها في حق الحاضر والغائب
جميعا ومنها امراة ادعت على رجل حاضر انه كان لي على زوجي فلان بن فلان
بقية المهر كذا وانك ضمنت لي ذلك عنه وان حرمت عليه بثلاث تطليقات واني
اجزت ضمانك وانه حرم علي نفسه بثلاث تطليقات وصارت بقية المهر
واجبة لي عليك بسبب ضمانك هذا لوقوع الفرقة فاقر المدعى عليه بالضمان
وانكر العلم بوقوع الفرقة الغليظة فيشهد لها الشهود بوقوع الحرمة الغليظة
يحكم لها القاضي بالمال على الحاضر وبوقوع الحرمة الغليظة على الغائب والمدعي
على الغائب وهو الحرمة سبب لثبوت المدعي على الحاضر فينتصب الحاضر خصما
عن الغائب هكذا ذكره في العمادية ثم قال نقلا عن صاحب الذخيرة وفي
هذا نظر لان المدعي شيئان الفرقة على الغائب والمال على الحاضر والمدعي
على الغائب ليس بسبب لثبوت المدعي على الحاضر بل شرطه وفي مثل هذا لا ينتصب
الحاضر خصما عن الغائب على ما عليه عامة المشايخ فينبغي ان يقضي بالمال على
الحاضر ولا يقضي بالفرقة على الغائب انتهى هكذا ذكره في الفصولين ايضا
ثم ذكرا وقالا ومع هذا لو حكم القاضي بالحرمة نفذ لاختلاف الفقهاء فيه
ثم اشار الى الثاني بقوله فان كان شرطا لا يصح اي ان كان ما يدعي على الغائب
شرطا لحق المدعي على الحاضر لا سببا لا يصح القضاء على الغائب وهذا عند
عامة المشايخ وقيل يصح واختاره فخر الاسلام البزدوي وشيخ الاسلام
الاوزجندي والحاصل ان الحاضر انما ينتصب خصما عن الغائب باحد معان
ثلاثة عند عامة المشايخ احدها ان يكون الحاضر وكيلا عن الغائب والثاني
ان يكون المدعي على الحاضر والغائب شيئا واحدا وما يدعي على الغائب سببا
لثبوت ما يدعي على الحاضر لا محالة والثالث ان يكون المدعي شيئين وما يدعي
على الغائب سببا لثبوت ما يدعي على الحاضر لا محالة ايضا واما كون ما يدعي
على الغائب شرطا لما يدعي على الحاضر فغير معتبر في كون الحاضر خصما عن
الغائب عند عامة المشايخ واختاره المص هكذا ذكره في العمادية ثم ذكر نقلا
عن فتاوى رشيد الدين والصحيح من الجواب فيما اذا كان ثبوت الحكم على الغائب

شرطا لثبوت المدعى على الحاضر انه ينظر ان كان ذلك الشرط دائرا بين النفع والضرر
لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب وان كان بثبوت ذلك الشرط لا يتضمن ضررا
في حق الغائب كدخول الدار وغيره ينتصب خصما حتى لو ادعت المرأة تعليق
طلاق نفسها بنكاح غيرها واقامت بينة انه تزوج عليها فلانة فلا تقبل بينتها
على الصحيح لان بثبوت النكاح عليها شرط فيه ضرر في حقها وقيل تقبل والصحيح
هو الاول ويقرض القاضي مال اليتيم لما فيه من مصلحة اليتيم لبقاء ماله محفوظة
مضمونة لان القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه ولو اودعه
لم يكن المال مضمونة عند الضياع فيقرضها واحتمال التوى بجحود المستقرض
غير معتبر لان القاضي يقدر على استخراجها لعلمه بها ولهذا قالوا وينبغي ان يكتبه
واليه اشار بقوله ويكتب ذكر الحق اي صكا يذكر به الحق للحفظ وذكر ظهير الدين
في الاقضية القاضي انما يملك اقراض مال اليتيم اذا لم يجد ما يشتريه ويكون
غلة لليتيم فاما اذا وجد فلا يملك الاقراض بل يتعين عليه الشراء هكذا روى
عن محمد وكذا اذا وجد من يدفع اليه مضاربة لانه انفع لليتيم من الاقراض
ويقرض من المليء لا من المفلس وهل يجوز له ان يبيع مال اليتيم من نفسه في
العمادية نقلا عن مجموع النوازل القاضي اذا باع مال اليتيم من نفسه لا يجوز
لانه انما يجوز من القاضي على وجه الحكم ولا يجوز حكمه لنفسه ثم ذكر نقلا عن
الصغرى وما ذكر من عدم جواز بيع القاضي مال اليتيم من نفسه محمول على قول
محمد واما على قول ابي ح فينبغي ان يجوز وذكر في المنتقى مسئلة شراء القاضي
مال اليتيم لنفسه في موضعين ذكر في موضع انه لا يجوز وذكر في موضع
الخزانة انه بمنزلة شراء الوصي لنفسه حتى لو رفع الى قاض اخر ينظر فيه فان كان
خيرا لليتيم اجازه والا رده واختار قاضيخان والناطفي عدم جواز بيع القاضي
مال اليتيم من نفسه ولا بيع ماله من اليتيم ولا يجوز ذلك اي اقراض مال اليتيم
للوصي ولا للاب في الاصح لعدم قدرتهما على الاستخراج عند جحود المستقرض
لان كل قاض ليس بعدل ولا كل بينة تقبل بقوله في الاصح الظاهر انه قيد لقوله
لا للاب على ما يدل عليه كلام الهداية حيث قال الاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين

ولهذا

ولهذا اعاد كلمة لا واحترز به عما قيل يجوز للاب اقراض مال اليتيم لان ولايته تعم المال
والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنعه عن ترك النظر لولده كما يجوز اخذه
لنفسه قرضا وفي العدة الوصي لا يقرض مال اليتيم ومع هذا لو اقرض لا يكون
خيانة حتى لا يستحق به العزل والقاضي يقرض مال اليتيم وتكلموا في الاب
والاصح انه بمنزلة الوصي لعدم قدرتهما على الاسترداد انتهى ما في العمادية
فظهر منه ان للوصي اقراض مال اليتيم في رواية شرح الطحاوي لا في رواية
صاحب العدة وذكر في العمادية ايضا ولو استقرض الوصي لنفسه من مال
اليتيم ضمن وعن محمد لا يضمن والاب لو فعل ذلك لا يضمن وذكر نقلا عن
الصغرى لو قضى الوصي دين نفسه من مال الصغير لا يجوز ولو فعل الاب
ذلك يجوز لان قضاء الاب دين نفسه من مال الصغير بمنزلة بيع مال الصغير
من نفسه فالاب يملك ذلك بمثل القيمة والوصي لا يملك الا اذا كان خيرا لليتيم
فصل في التحكيم وهو من انواع القضاء الا انه ادنى حالا من حكم القاضي
ولهذا اخره منه الا ترى انه لا يجوز حكم الحكم في الحدود والقصاص ولو حكم من التحكيم صح
الخصمان من يصلح قاضيا انما قال من يصلح قاضيا لانه بمنزلة القاضي المولى بينهما
فيعتبر فيه ما يعتبر في القاضي فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز لانها
من اهل الشهادة فيها ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في
القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء والشهادة الا ان تحكيم
اهل الذمة الذمي بينهم فانه يجوز بينهم والفاسق لو حكم وقضى يجوز على ما
تقدم في اول القضاء ليحكم بينهما صح تحكيمها ونفذ حكمه عليهما لصدور الحكم عن
ولاية عليهما ببينة او اقرار او نكول واخباره اي المحكم باقرار احد الخصمين بان قال اعترفت
عندي لهذا بكذا او بعدالة الشاهدين بان قال قامت عندي عليك بينة لهذا
فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت به عليك حال ولايته ظرف
للاخبار يعني لو اخبر المحكم باقرار احد الخصمين او بعدالة الشاهدين حال ولايته
يقبل اخباره لانه حال ولايته يملك انشاء الحكم عليه ما داما على تحكيمها فيملك
الاخبار ايضا كالقاضي المولى اذا قال في قضائه لانسان قضيت عليك لهذا

باقراري او بينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار
المقضي عليه فكذا ههنا لو اخبر المحكم باقرار احد الخصمين او بعدالة الشاهدين فانكر
المقضي عليه ان يكون اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء لم يلتفت الى قوله
وقضى لما ذكرناه بخلاف ما لو اخبر المحكم بالحكم مثل ان يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا
بكذا لم يصدق لانه اذ لحكم صار معزولا ولا يقبل قول المعزول كالقاضي المولى
اذا قال بعد عزله حكمت عليك بكذا فانه لا يقبل ولكل منهما اي من المحكمين ان يرجع
قبل حكمه لانه مقلد من جهتهما فلا بد من رضاهما جميعا لان ما كان وجوده من
شيئين لا بد له من وجودهما واما عدمه فلا يحتاج الى عدمهما بل يعدم
بعدم احدهما فلا حاجة في اخراج المحكم الى اتفاقهما بل يكفي اخراج احدهما
فان قيل اخراج احدهما سعي في نقض ما تم من جهته قلنا ما تم الامر بعد
وانما تمامه بعد الحكم ولا نقض فانه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم لصدوره
عن اهله بولاية عليهما على ما اشار اليه بقوله لا بعده اي لا رجوع بعد الحكم
لانه يفضي الى نقض ما تم وهو لا يجوز واذا رفع حكمه اي حكم المحكم الى قاض امضاه
ان وافق مذهبه اذ لا فائدة في نقضه بعد موافقة مذهبه لانه لو نقضه
لحكم بذلك ايضا وفائدة امضائه انه لو رفع الى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن
من نقضه والا اي ان لم يوافق مذهبه نقضه اي ان لم يمض قاض اخر لو افق
مذهبه والا فلا ينقضه ووجه نقضه ان حكم المحكم لا يلزم القاضي لعدم
التحكيم منه ولا يصح التحكيم في حد وقود اما في الحدود الواجبة حقا
لله تعالى فباتفاق الروايات لان الامام هو المتعين لاستيفائها واما في حد
القذف والقصاص فقد اختلفت الرواية قيل جائز فيهما ذكره شمس الائمة
وقيل لا يجوز ذكره الخصاف وقيل يصح في سائر المجتهدات كجعل الكنايات رجعية
وكالطلاق المضاف على ما في الكفاية قالوا ولا يفتى به اي بجواز التحكيم دفعا
لتجاسر العوام وان كان جائزا ولو حكما في دم خطاء فحكم بالدية على العاقلة
لا ينفذ اي على العاقلة لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم وكذا لا ينفذ
ان حكم بالدية في مال القاتل لان القاضي يرده ويقضي بها على العاقلة

لانه يخالف رأيه ومخالف للنص عليها سيأتي في كتاب المعاقل الا اذا ثبت القتل
باقرار القاتل فح لا يرده القاضي لان العاقلة لا تعقله حتى يقضي عليها كذا في
العناية وانما قلنا لا ينفذ على العاقلة لانه نيفذ على المحكمين كذا في العناية وفيها
ايضا واما اروش الجراحات فان كانت بحيث لا يتحملها العاقلة ويجب في
مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة وهو خمسمائة درهم ويثبت ذلك
بالاقرار والنكول او كان عمدا وقضى على الجاني جاز لانه لا يخالف حكم الشرع
وقد رضي الجاني بحكمه فيجوز وان كانت بحيث يتحملها العاقلة بان كانت خمسمائة
فصاعدا وقد ثبت الجناية بالبينة وكانت خطاء لا يجوز قضاؤه بها اصلا
لانه ان قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع وان قضى على العاقلة فالعاقلة
لم يرضوا بحكمه ولا يصح حكم المحكم ولا القاضي المولى من طرف السلطان لابويه
وولده وزوجته لان اهلية الشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء
غير مقبولة وكذا القضاء ويصح عليهم لاهلية الشهادة عليهم لعدم التهمة فكذا
القضاء ويصح حكم القاضي المولى لمن ولاه اي السلطان وعليه اي على من ولاه
لانه مولى من جهته **في مسائل شتى** ليس لذي سفل عليه علو لغيره ان يتد
في سفله اي وتدا او ينقب كوة بلا رضى ذي العلو ولا لذي العلو ان يبني
عليه اي على علوه ولا ان يضع عليه جذوعا لم يكن او يحدث كنيفا الا
برضى صاحب السفل هذا عند ح وعندهما لكل منهما فعل ما لا ضرر فيه
بلا رضى الاخر هذا بناء على ان الاصل عندهما الاباحة ما لم يقم مانع لانه
تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق فلا يمنع الا بعارض الضرر فاذا تيقن
عدم الضرر لم يمنع بالاتفاق وان لم يتيقن عدمه بل اشكل فعندهما لم يجز المنع
لان الاطلاق يقين واليقين لا يزول بالشك والاصل عنده الحظر لانه تصرف
في محل تعلق به حق محترم للغير وهو صاحب العلو لان قرار العلو على السفل
ولهذا يمنع صاحب السفل من الهدم اتفاقا وتعلق حق الغير يمنع المالك عن
التصرف كما منع حق المرتهن والمستاجر المالك عن التصرف في الرهن والمستاجر
هذا وقال في غاية البيان قال بعض مشايخنا في شروح الجامع الصغير ما حكي

عن الامامين هنا تفسير لقول البحر لان ابا ح انما اراد بالمنع ما فيه ضرر ظاهر فيكون
فصلا مجمعا عليه يعني ان النزاع هنا لفظي لا حقيقي واليه اشار بقوله وقيل
قولهما تفسير لقوله اي قول البحر ولم يذكر ان السفل اذا انهدم او هدمه صاحبه
هل يجبر على البناء ففي الخلاصة سفل لرجل وعليه علو لغيره انهدم السفل
لم يجبر صاحب السفل على البناء ويقال لصاحب العلو ان شئت فابن السفل
والعلو من مالك وامنع صاحبه من الانتفاع به حتى يرد عليك قيمة البناء وذكر
الخصاف انه يرجع بما انفق وفي البحر اذا هدم صاحب السفل سفله يجبر على البناء
لانه تعدى على صاحب العلو بالهدم بخلاف ما لو انهدم السفل فانه لا يجبر
على البناء لعدم التعدي في الانهدام وتفصيل هذه المسئلة في حيطان
العمادي والفصولين فارجع اليه وليس لاهل زائغة مستطيلة نافذة او
غير نافذة على ما يشير اليه اطلاق المص وكذا اطلاق الهداية لكنه قيد في العناية
بغير النافذة نقلا عن التمرتاشي وقال في غاية البيان والمراد بالزائغة المحلة
سميت بها لميلها من طرف الى طرف من زاغت الشمس اذا مالت تتشعب عنها زائغة
مستطيلة غير نافذة هكذا فتح باب في المتشعبة الغير النافذة لان فتح
الباب للمرور ولا حق لهم في المرور فيها لان المرور لاهلها خاصة لكونها غير
نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لاحد ان يفتح بابا بغير اذنهم فكذا هذا الا ترى
انه لو بيعت دار في تلك السكة ليس لاهل السكة العظمى ان ياخذ وا بالشفعة
لان تلك السكة لهم خاصة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة وقيل
انما منع عن المرور فيها لا من فتح الباب لان الفتح رفع لجداره وله ان يرفع جميع
جداره بالهدم فرفع بعضه اولى ولهذا لو فتح كوة او بابا للاستضاءة دون
المرور لم يمنع والاول اصح عليها في الهداية وغيرها لما ذكرناه ولان
بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه لو فعل ذلك وتقادم
العهد ربما يدعي الحق في العصوي بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا
الوجه فيمنع ابتداء اطلقه فشمل جانب الاعلى والاسفل وفيه اختلاف
ففي حيطان قاضيخان رجل له دار في سكة غير نافذة لها باب فيها اراد ان يفتح

لها بابا اخر اسفل من بابها اختلفوا فيه والصحيح انه ليس له ذلك ولو اراد ان يفتح له
بابا اخر اعلى من بابه كان له ذلك وقال في حيطان البزازية والخلاصة رجل له
دار وله عليها باب اراد ان يفتح بابا اخر اسفل من ذلك الباب والسكة غير نافذة
وله ذلك وان ابى اهل السكة انتهى فعلم ان في المسئلة اختلافا ومرادهم
بالاسفل جانب الطريق الاعظم من تلك السكة الغير النافذة لا جانب قعرها
قال في حيطان الخلاصة اذا كان لرجل دار واظهرها في سكة غير نافذة مشتركة
بينه وبين غيره اراد ان يفتح بابا ليس له ذلك هو المختار انتهى اقول الظاهر من قيد
الاشتراك انه ليس له ذلك وان كان له حق المرور في المختار لان الاشتراك
يقتضي حق المرور وفي النافذة ومستديرة لزق طرفاها هكذا
لهم اي لاهل السكة الاولى ذلك اي فتح الباب في السكة الثانية النافذة
في المستديرة في اي موضع شاء لانها سكة واحدة اذ هي ساحة مشتركة لكل
واحد منهم حق المرور في كلها ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها
وفي النافذة حق للعامة لانها طريق العامة والاصل هنا ان كل ما يتعلق به
حق العامة فليس لاحد ان يتصرف فيه بما يتضرر به احاد الناس ومن
تصرف فيه بذلك فلكل واحد منهم ان يعترض عليه ويمنعه وكذا كل ما يتعلق
به حق العامة فليس لاحد منهم ان يتصرف فيه بذلك ومن تصرف فيه فلكل
واحد من تلك الخاصة ان يعترض عليه قال في العمادي رجل له دار في سكة
غير نافذة اشترى بجنب هذه الدار بيتا ظهره في هذه السكة ليس له ذلك
اي فتح الباب في هذه السكة ولاهل السكة ان يمنعوه عن ذلك على ما نص
عليه محمد في كتاب الشرب واختاره ابو القاسم الصفار والفقيه ابو جعفر
وابو الليث وكان الفقيه ابو بكر والفقيه ابو نصر يقولان له ذلك وليس
لاهل السكة ان يمنعوه عن ذلك كما اذا اراد ان يفتح بابا للبيت في داره ليدخل
من البيت في داره ويتطرق من داره الى السكة فانه لا يكون لاهل السكة ان
يمنعوه من ذلك على ما نص عليه في كتاب القسمة ووجه الفرق للاوليين
بين هذه المسئلة وبين ما نحن فيه انه اذا فتح للبيت بابا في هذه السكة

اي الغير النافذة يصير طريق السكة طريقا لهذا البيت ايضا لان الدخول في البيت
يجعل من طريق السكة اي الغير النافذة يصير طريق السكة وفي ذلك ضرر على
اهل السكة لزيادة الشركاء الدخول فيه واما اذا فتح للبيت بابا في داره فان
طريق السكة لا يصير طريقا للبيت لانه لا يدخل في البيت من طريق السكة وانما
يدخل من داره بحكم الملك لا بحكم الطريق فلا يصير طريق الدار طريقا للبيت حتى
لا يدخل الطريق في بيع البيت حتى بيع البيت بحقوقه فلا يزداد الشريك في
الطريق فحصل الفرق بينهما فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين مسئلة
ذكرها في كتاب الشرب ان من اشترى ارضا بجنب ارضه وشرب الارض المشتراة
من جانب اخر فاراد ان يسقي في الماء من الارض القديمة الى الارض المشتراة
ليس له ذلك وان كان يسوق الماء اولا في خالص ملكه كما ان ههنا يدخل داره
اولا ثم يدخل البيت اجيب بان الفرق بينهما ان في مسئلة الشرب حال ما يسوق
الماء الى الارض المشتراة كما هو مستعمل ارضه القديمة مستعمل مجرى الماء لانه
متصل اوله باخره وليس له استعمال المجرى الماء المشتركة لسوق الماء الى ارض
شربها من نهر اخر اما ههنا حال ما يدخل البيت من الدار هو غير مستعمل لطريق
السكة لان استعمال الطريق بالمرور فيه وقد انقطع المرور بالدخول في الدار
هذا اذا كان الدار ميراثا بين قوم في سكة غير نافذة فاقتسموها فيما بينهم
على ان يفتح كل واحد منهم في نصيبه بابا كان لهم ذلك وان ابى اهل السكة فان قيل
ما الفرق بينه وبين ما اذا كان لرجل ارض ولها شرب من نهر مات صاحب
الاراضي واقتسم ورثته الاراضي على ان يفتح كل واحد منهم لارضه كوة من النهر
ليس لهم ذلك اجيب بان الفرق بينهما ان الورثة قائمون مقام الميت والميت حال
حيوته لو اراد ان يفتح لهذه الاراضي كوة اخرى من هذا النهر ليس له ذلك لانه
يريد ان ياخذ زيادة على قدر حقه من الشرب وليس له ذلك فكذا لا يكون
لورثته ذلك والميت حال حيوته لو اراد ان يفتح بابا الى تلك السكة كان له ذلك
فكذا لورثته كذا في العمادية وفيها ايضا اذا باع الرجل دارا بابها في سكة نافذة
فقد كان باب تلك الدار في القديم في سكة غير نافذة فاراد المشتري ان يفتح

بابا الى تلك السكة ومنعه الجيران من ذلك ينظر ان اقر اهل السكة بذلك الباب
فله ان يفتحه ويبرمنه لانه قائم مقام البايع وكان للبايع ذلك فكذا للمشتري منه
وان جحد اهل السكة ذلك الباب فالقول قولهم مع اليمين ان لم يكن للمشتري بينة
اذا اشترى حجرة في سكة غير نافذة واراد ان يجعلها طريقا لحاجته وتصير السكة
نافذة يرجع الى القاضي فان كان فيه ضرر فاحش يمنع عن ذلك ولو لم يكن فيه
ضرر فاحش واستوثق ذلك ما يدفع الضرر ويقوم مقام الحائط لم يمنع من
من ذلك وفي العيون عن محمد سكة لا تنفذ اشترى رجل في قصويها دارا
في ظهرها طريق نافذ فاراد ان يجعلها طريقا نافذا ليس له ذلك ولو اتخذها
خانا ينزل فيه الناس وجعل لها بابين فله ان ينزل من ايهما شاء وليس لهم
ان يتخذوه طريقا ليس لاهل السكة ان ينصبوا على راس سكتهم دربا ويسدوا
راس السكة لان مثل هذه السكة ولو كانت ملكا ظاهرا لهم لكن للعامة فيها نوع
حق وهو انه اذا زوحم الناس في الطريق كان لهم ان يدخلوها حتى يخف الزحام
كذا في الفصولين ثم قال فيه بعلامة الايضاح سكة غير نافذة ليس لاصحابها
بيعها ولو اتفقوا عليه ولا ان يقسموها فيما بينهم اذ الطريق الاعظم اذا كثر فيه الناس
كان لهم ان يدخلوا هذه السكة حتى يخف الزحام وقال فيه ايضا بعلامة فوائد
شمس الائمة قال ابو ح الطريق لو كان غير نافذ فلاصحابه ان يضعوا فيه الخشب
ويربطوا فيه الدواب ويتوضؤا فيه فلو عطب احد بالوضوء او الخشب او الدابة
لا يضمن ولو حفر فيه احد من اهل الطريق بئرا او بنى فعطب به احد ضمن ويؤخذ
بطم البئر ونقض الحفر وعن محمد ليس لاهل السكة الغير النافذة ان يحفر
فيها بئرا يصب الماء وان اتفقوا كلهم عليه ولا ان يدخلوها في دورهم وانما
لهم المرور والجلوس اذا اراد ان يتخذ طينا في سكة غير نافذة قال البرمكي وغيره
ان ترك من الطريق مقدار الممر للناس ويرفعه سريعا ويتخذ في الاحايين مرة
لم يمنع من ذلك وكان ابن سلمة يقول له بل الطين وان يتخذ الارى اي المعلف
في سكة غير نافذة وليس لاحد منعه عن ذلك وفي فتاوى الفضلي اتخذ
على باب داره في سكة غير نافذة اربا يمسك دابته هناك فلكل واحد

من اهل السكة ان يتخذ فيها الارى وليس لهم ان يمنعوه عن امساك الدواب
على باب داره لان السكة اذا كانت غير نافذة فهي كدار مشتركة بين الشركاء
والدار اذا كانت مشتركة فلكل واحد من الشركاء ان يسكن في بعضها مقدار
حصته ولكن ليس له ان يبني فيها واتخاذ الارى من جملة البناء ولو كانت السكة
نافذة فلكل واحد من اهلها امساك الدابة على باب داره بشرط السلامة وفي
اول الرابع والثلثين من العمادية اذا اراد الرجل احداث ظلة في طريق العامة وذلك
لا يضر بالعامة فالصحيح من مذهب ابي حنيفة ان لكل واحد من احاد الناس حق المنع وحق
الطرح وقال محمد له حق المنع من الاحداث لا حق الطرح وقال ابو يوسف
ليس له كلاهما وان كان يضر ذلك بالمسلمين فلكل واحد من احادهم حق الطرح
والدفع وان اراد احداث الظلة في سكة غير نافذة لا يعتبر فيه الضرر وعدمه
بل يعتبر فيه الاذن من اهل السكة قال في قاضيخان وان احدث رجل فيها
اي في سكة غير نافذة شيئا نحو الكنيف والميازيب قال ابو حنيفة اذا خاصمه في
ذلك واحد من الناس له ان يهدم وان كانت قديمة ترك ولو اراد ان يحدث
رجل في لحز السكة شيئا لا يملك الا باذن جميع اهلها الاعلى والاسفل
انتهى وهكذا في البزازية حيث قال سكة غير نافذة احدث رجل في اخر
السكة شيئا لا يملك الا باذن كل اهل السكة الاعلى والاسفل انتهى قال في دعوى
القاعدية من له حق المرور في ارض غيره في ممر معين فبنى صاحب الارض
على ذلك الممر بناء باذن صاحب الحق ليس له ان يخاصم بعد ذلك لان الحق
يبطل ويسقط بالرضاء بخلاف ما اذا كان له رقبة الطريق فبنى صاحب الارض
انتهى فعلم منه ان حقه في الصورة الثانية لا يبطل بالرضاء والاذن فله المطالبة
بعد الاذن وهو المراد بقول القاعدية في البيوع الضرر لا يصير لازما بالرضا
والاذن وسنذكر ما يتعلق بهذا في كتاب الشرب وهل يباح احداث الظلة
على طريق العامة ذكر الطحاوي انه يباح ولا ياثم قبل ان يخاصمه احد وبعد
المخاصمة لا يباح الاحداث ولا الانتفاع ويأثم بترك الظلة وقال ابو يوسف
له الانتفاع اذا كان لا يضر بالعامة وفي المنتقى اذا اراد ان يبني كنيفا او ظلة

على

على طريق العامة فانه منعه عن ذلك فان بنى ثم اختصموا نظر فيه فان كان فيه
ضرر امر بان يقلع وان لم يكن فيه ضرر تركه على حاله ومن ادعى هبة دار في
يد رجل في وقت معين فسأل ذو اليد بينة على دعواه فقال المدعي جحدني الهبة
فاشتريتها منه او لم يقل ذلك القول اي جحدني الهبة فاشتريتها منه فبرهن على
الشراء بعد وقت الهبة تقبل ولو قبله لا تقبل لظهور التناقض من حيث انه ادعى
الشراء بعد الهبة والشهود شهدوا بالشراء قبلها فكانت الشهادة مخالفة للدعوى
فكان بين الشهادة والدعوى تناقض بخلاف الاول لامكان التوفيق فيه اذ
الشراء فيه وجد بعد وقت الهبة وفي قوله فقال جحدني الهبة اشارة الى انه
لا بد من التوفيق بالفعل في رفع التناقض ولا يكفي امكان التوفيق وفيه اختلاف
ذكرناه في فصل البينة حجة متعدية فارجع اليه ومن ادعى ان زيدا اشترى
جارية منه فانكر زيد الشراء منه وترك هو اي المدعي خصومته حل له اي للمدعي
وطؤها لان المشتري لما جحد العقد كان ذلك فسخا من جهته لان الجحود انكار للعقد
من الاصل والفسخ رفع له من الاصل فبينهما قران بقاء فجاز ان يقوم احدهما مقام
الاخر كما لو تجاحدا فانه يجعل فسخا لا محالة فاذا عزم البائع على ترك الخصومة
تم الفسخ من الجانبين وبمجرد العزم على الترك وان لم يثبت الفسخ لكنه اقترن بالفعل
وهو امساك الجارية ونقلها فان قيل لو جاز قيام الجحود والعزم على الترك مقام
الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح وعزمت هي على ترك الخصومة ان تتزوج
بزوج اخر اقامة لها مقام الفسخ وليس كذلك اجيب بان صحة قيام الشيء مقام غيره
اذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بالانكار بعد اللزوم
فكيف يقوم غيره مقامه واختلف في معنى ترك الخصومة او العزم عليها فقيل يكتفى
بالقلب وقيل ليشهد بلسانه على ما في قلبه ولا يكتفى بالقلب ذكرها في البحر نقلا
عن المحيط وفي الهداية لا بد من الاقتران بالفعل بامساكها ونقلها واستخدامها
فان من له خيار الشرط اذا فسخ بقلبه لا ينفسخ ومن اقر بقبض عشرة دراهم
من فلان قرضا او ثمن سلعة له عنده او غير ذلك وادعى موصولا او مفصولا
على ما في العناية انها زيوف او نبهرجة صدق لانها من جنس الدراهم الا انها معيبة

ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم يجوز لعدم كونه استبدالا والقبض لا يختص
بالجياد بل يجوز في الزيوف ايضا فالاقرار بالقبض لا يستلزم الاقرار بقبض
الجياد حتى يكون دعوى الزيوف منا قضا للاقراره بل هو منكر لبعض حقه والقول
قول المنكر مع يمينه الا ان ادعى انها ستوقة لانها ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز
في الصرف والسلم لم يجز لكونه استبدالا فيما لا يجوز الاستبدال فيه فيكون
منا قضا في دعواه اطلقه فشمل ما كان موصولا او مفصولا ولا شك
انه لا يقبل مفصولا واما موصولا فيصدق فيه لانه بيان تغيير فيقبل موصولا
لا مفصولا على ما في العناية قيد باقراره بقبض عشرة لانه لو اقر انه قبض حقه
او الثمن او استوفى لم يصدق مطلقا للتنا قض على ما في البحر وقيد بالدراهم لان
المشتري لو اقر انه قبض المبيع ثم ادعى عيبا به لم يصدق بل القول للبائع لان المبيع
معين فاذا قبضه فقد اقر بانه استوفى عين حقه ولانه فبدعواه العيب
صار منا قضا واقتصر على قبض عشرة ولم يقل عشرة جياد لانه لو قال قبضت
عشرة جياد ثم ادعى انها زيوف او نبهرجة لا يصدق موصولا كان او مفصولا للتنا قض
وقيد بدعوى المقر لانه لو اقر بقبض دراهم معينة ثم مات فادعى وارثه انها
زيوف لم يقبل وكذا اذا اقر بالوديعة او المضاربة او الغصب مات وزعم الوارث
انها زيوف لم يصدق لانه صار دينا في مال الميت كذا في البحر والزيوف ما يرده
بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار ايضا فيكون اردى من الزيوف قال في المغرب
في باب الباء النبهرج الدرهم الذي فضته ردية وقيل الذي الغلبة فيه للفضة
وعن الازهري وابن الاعرابي المبطل السكة وقد استعير لكل ردي باطل ومنه
بهرج دمه اذا هدر وابطل وعن اللحياني درهم مبهرج ولم اجده بالنون الا له انتهى
ثم قال في باب الزاء وقيل الزيوف دون البهرج في الرداءة لان الزيوف ما يرده
بيت المال والبهرج ما يرده التجار انتهى الستوقة ما غلب غشه فيكون اردى من
البهرجة حتى خرج من جنس الدراهم وفي المغرب الستوقة بالفتح اردا من البهرج
ومن قال لمن اقر له بالف ليس لي عليك شيء ثم قال في مجلسه نعم لي عليك الف
لا يقبل منه بلا حجة بخلاف ما لو كذب من قال له اشتريت مني هذا العبد ثم

صدقه

صدقه اعلم ان الاقرار اما ان يكون بما يحتمل الابطال او بما لا يحتمله فان كان الاول
فاما ان يستقل المقر باثباته اولا والثاني يرتد برد المقر له مستقلا بذلك
كما ان المقر مستقل باثباته والثاني يحتاج الى تصديق خصمه فعلى هذا اذا قال لآخر
لك علي الف درهم فقال الآخر ليس لي عليك شيء ثم قال في مجلسه نعم لي عليك
الف درهم لا يقبل قوله بلا حجة ولا يلزم عليه شيء لان المقر اقر بما يحتمل الابطال
وهو مستقل باثبات ما اقر به لا محالة وقد رده المقر له فيرتد وقوله نعم لي عليك
الف درهم غير مفيد لانه دعوى فلا بد لها من بينة او تصديق خصم حتى لو صدقه
المقر ثانيا لزمه المال استحسانا واذا قال اشتريت مني هذا العبد وانكره الخصم
له ان يصدقه بعد ذلك لان البيع لا ينفسخ بمجرد جحود المشتري وحده فاذا
لم ينفسخ له ان يصدقه فان صدقه يقبل تصديقه لان اقراره وان كان بما يحتمل
الابطال لكن المقر له يستقل باثباته فلا ينفرد احد العاقدين بالفسخ كما لا ينفرد
بالعقد فبقي العقد فيعمل التصديق بخلاف الاول فان احدهما ينفرد بالاثبات
فينفرد الآخر بالرد وان كان الثاني كما اذا نسب عبده من انسان فكذبه المقر له
ثم ادعاه المقر لنفسه فانه لا يثبت منه النسب عند ابي حنيفة لان الاقرار بالنسب اقرار
بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد وان وافقه المقر على ذلك كذا في العناية
اقول قوله لا يقبل منه بلا حجة وهكذا في الهداية وفسرها في العناية بالبينة
كما ترى يقتضي سماع الدعوى منه بالبينة واستشكل في البحر بما في البزازية
في يده عبد فقال لرجل هو عبدك فرده المقر له ثم قال بل هو عبدي وبرهن
لا يقبل للتنا قض انتهى قلت لا اشكال فيه لان في مسئلة البزازية اقر اولا ان
العبد لذي اليد ثم ادعاه لنفسه وهذا تنا قض ظاهر فلا يسمع بخلاف
مسئلة الكتاب اذ ليس فيها الاقرار اولا للمقر ثم دعواه لنفسه بل كذب المقر اولا
ثم صدقه فلا تنا قض فيه ومن قال لمن ادعى عليه مالا ما كان لك علي شيء قط
اي في جميع الازمنة الماضية فبرهن المدعي عليه اي على المنكر به اي بما ادعاه
فبرهن هو اي المدعي عليه على القضاء او الابراء قبل بينة المدعي عليه على
القضاء او الابراء لان دعوى الدفع ودفع الدفع صحيح بعد الاثبات وقبله وقيل

الحكم وبعده وقال زفر وابن ابي ليلى انها لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره
فكان مناقضا في دعواه وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة ولنا ان التوفيق
ممكن لان غير الحق قد يقضي ويبرا منه دفعا للخصومة والشغب الا ترى انه يقال
قضي بباطل كما يقال قضي بحق وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي وكذا اذا قال ليس
لك علي شيء والمسئلة بحالها لان التوفيق اظهر لان ليس لنفي الحال فاذا اقام المدعي
البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء او الابراء قبل زمان الحال لم يتصور
تناقض ايضا وكذا لو قال كان ذلك علي شيء الا اني اديت او ابرأت تسمع او فصل
ان برهن عليه واما لو قال استدنت منك فعلى ما يقتضيه التعليل المذكور
اعني قولهم ان غير الحق قد يقضي ويبرا انه يسمع وعلى ما يقتضي قولهم ان القضاء
او الابراء يستدعي سبق الدين انه لا يسمع على ما صرح به في البزازية وسنذكره
بعبارته وهذا كما لو ادعى دارا في يد رجل انه اشتراها منه بالف درهم فقال
ذو اليد لم ابع فلما اقام المدعي البينة على ما ادعى اقام ذو اليد البينة على ان
المدعي رد عليه الدار تقبل بينته وينتقض البيع بينهما وكذا لو كان المدعى عليه
اولا قال لا بيع بيننا وهذا اظهر من الاول وكذا لو قال لم يجر بيننا بيع فلما اقام
المدعي البينة على الشراء اقام البينة ان المدعي رد عليه الدار يقبل بينته كذا في
قاضيخان ومن هنا ظهر ان امكان التوفيق كاف في دفع التناقض بلا حاجة
الى التوفيق بالفعل على ما ذهب اليه بعض المشايخ وقد ذكرناه مفصلا من قبل
وفي البحر لو ادعى القصاص على الحر فانكر فبرهن المدعي واقام المدعى عليه البينة
على العفو او الصلح عن سكوت قبل وكذا في دعوى الرق ولو صالح عن انكار ثم
برهن على لا يقبل وان زاد على انكاره ولا اعرفك فلا تقبل بينته على القضا
ولا على الابراء لتعذر التوفيق اذ لا يمكن بين الخصمين اخذ واعطاء وقضاء
واقتضاء ومعاملة بلا مخالطة ولا معرفة هذا هو الظ قيل تقبل فيها لان المحتجب
قد يؤذي بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه فكان
التوفيق ممكنا وقيل تقبل على الابراء فقط دون القضاء لانه يتحقق بلا معرفة
وقوله ولا رايتك ولا جرى بيننا معاملة او مخالطة او لا اخذ ولا اعطا بيننا

او

اوما اجتمعت معك في مكان مثل قوله لا اعرفك في الحكم على ما في فتح القدير وفي كتاب
الدعوى من القنية قال المدعى عليه للمدعي لا اعرفك فلما اثبت الحق بالبينة ادعى
الايصال لا يسمع ولو ادعى اقرار المدعي بالوصول او الايصال يسمع انتهى وفيها ايضا
لو ادعى مهر امراة فقال ما تزوجتها ثم ادعى الابراء عن المهر فهو دفع مسموع ان
وفق وفيها ايضا مات عن زوجة واولاد من زوجة اخرى فانكر الاولاد زوجيتها
اصلا وقالوا ما كانت زوجة ابينا قط فاقامت بينة بالنكاح والمهر ثم ادعى
ادعى الاولاد انها كانت مطلقة لا يسمع وكذا دعوى البراءة لا يسمع انكر
المودع الوديعة فان جحد الايداع اصلا ثم اقام بينة على الرد لا يقبل وان
انكر الوديعة يقبل لامكان التوفيق ولو ادعى على الحر سع امته منه بان قال
بعت انت امتك هذه مني واراد المدعي ردها على الحر بعيب فانكر الاخر البيع
فبرهن المدعي على البيع والمنكر على البراءة من كل عيب لا يسمع برهان المنكر
في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انها تقبل لامكان التوفيق على ما مر في القضا
والابراء ووجه الظا ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف
السلامة الى غيره وذلك يقتضي وجود اصل العقد لان الصفة بدون
الموصوف غير متصورة وهو قد انكره فكان مناقضا بخلاف مسئلة الدين
لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما تقدم فيمكن التوفيق كذا في الهداية
وبين في الزيلعي التوفيق بان لم يبعها منه وانما باعها منه وكيله وابراه عن
العيب فيكون صادقا بذلك ونظيره ما ذكره ابو يوسف انه لو ادعى الشراء
من شخص فانكر فاقام المدعي البينة على الشراء فاقام المنكر البينة انه قد رد
المبيع على البائع تقبل بينته لما ذكرناه من التاويل او يقول اخذته مني بنية
كاذبة ثم استقلته منى فاقالني انتهى وذكر هذه المسئلة في الخامس عشر
من دعوى البزازية نقلا عن الخصاف ثم قال وفي الاصل ادعى شراء دار منه
فانكر الشراء فلما برهن المدعي على الشراء ادعى المنكر الاقالة تسمع دعواه ولو
لم يدع الاقالة وادعى ابراء الثمن او الايفاء اختلف فيه المتاخرون واجاب
ائمة سمرقند في امراة ادعت على رجل انه تزوجها بكذا من المهر وطالبته بالمهر

فانكر الزوج النكاح فلما برهنت هي على النكاح ادعى الزوج الخلع على المهر وبرهن يسمع لجواز
ان يكون ابوه زوجها منه في صغره ولم يعلم بالنكاح ذكر في الاقضية ادعى
عليه الفا وديعة فانكر فلما اقام البرهان على الايداع ادعى الرد او الهلاك ان كان
قال ما اودعتني اصلا فالدفع باطل لان الرد والهلاك يستدعيان وجود
الايداع فلم يمكن التوفيق وان كان قال ليس لك عندي وديعة يسمع دعوى الرد
والهلاك لوضوح التوفيق لانه يمكن له ان يقول ليس لك عندي وديعة لاني
رددتها او هلكت فعلى هذا في مسئلة الدين التي ذكرناه انفا وهي من قال لمن
ادعى عليه مالا ما كان لك علي شيء قط ينبغي ان يفصل الجواب ويقال ان قال
ما كان لك علي شيء يسمع دعوى الايفاء ولو قال ما استدنت منك لا يسمع
لعدم امكان التوفيق لكن ما عللوها به من ان غير الحق قد يقضي ويبرأ منه
يقتضي القبول مطلقا انتهى ما في البزازية وذكر ان شاء الله في اخر صك الاقرار
او الشراء يعني اقر على نفسه وكتب صكا وكتب في اخره من اخرج هذا الصك وطلب
ما فيه من الحق فله ولاية ذلك ان شاء الله تعالى او كتب في كتاب الشراء ما ادرك
فيه فلانا من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه ان شاء الله تعالى كذا في
الهداية يبطل كله عند ابي ح وعندهما يبطل اخره فقط اعني قوله من اخرج هذا
الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك وقوله ما ادرك ما فيه فلانا
من درك فعلى فلان خلاصه ولا يبطل ما قبله اي يبطل التوكيل وضمان الدرك
ويبقى الاقرار والشراء بحاله والمال المقر به والثمن لازم لان الاستثناء ينصرف
الى ما يليه عندهما لا الى الجميع لان المقصود من هذا الكتاب الاستيثاق والتوكيد
وصرفه الى الجميع مبطل له ولان الاصل في الكلام الاستبداد والاستقلال
فلا يكون ما في الصك من الجمل مرتبطا بعضه ببعض ولابي ح ان الكل فيما نحن
فيه كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما لو قال عبده حر وامرأته طالق
وعليه المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى فانه ينصرف الى الجميع وهو اي
قولهما استحسان والجواب عنه انكم ان اردتم انه للاستيثاق مطلقا فهو اول
المسئلة فلا يصح دليلا وان اردتم انه للاستيثاق اذا لم يكتب في اخره ان شاء الله

فسلم

فسلم ولا كلام فيه وان الاصل في الكلام انما يكون استبدادا اذا لم يوجد فيه ما يدل
على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف ثم هذا اذا كتب الاستثناء متصلا من
غير فرجة ببياض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام واما اذا ترك فرجة قبيل
قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت فان قيل
ما فائدة هذا الصك مع ان التوكيل على هذا الوجه توكيل بالمجهول والمجهول لا يصح
وكيلا قلنا فائدته اثبات الرضاء من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة
معه على قول ابي ح فان التوكيل بالخصومة عنده من غير رضى الخصم لا يصح
وكونه توكيلا بمجهول لا يضر لانه في الاسقاط فان للمقر ان لا يرضى بتوكيل
المقر له من يخاصم معه فاذا رضي فقط اسقط حقه واسقاط الحق مع الجهالة
جائز فصل مات نصراني فقالت زوجته المسلمة اسلمت بعد موته لتكون
وارثة لزوجها وقال الورثة اي وارث الزوج بل اسلمت قبله لتحرم عن
الارث باختلاف الدينين عند الموت فالقول له وقال زفر القول قولها
اضافة للاسلام الحادث الى اقرب اوقاته وهو الاصل في الحوادث قلنا هذا
اصل مقرر ولكن سبب الحرمان وهو اختلاف الدينين ثابت في الحال فيكون
ثابتا فيما مضى ايضا استصحابا كما في جريان الطاحونة عند اختلاف المتعاقدين
بعد مضي المدة بان كان الماء جاريا في الحال فالقول للموجر استصحابا وان
كان منقطعا فللمستاجر والاستصحاب حجة دافعة فيصلح لدفع استحقاق الميراث
لا لاستحقاقها وكذا العمل بالاصل والظ مطلقا حجة دافعة لا مثبتة واعلم ان
كلا منها اعني ان الاصل في الحوادث ان يضاف الى اقرب اوقاتها وان الاستصحاب
حجة دافعة اصل مقرر في كتب اصحابنا يتفرع على كل منها فروع كثيرة ومما يتفرع
على الاول مسئلة الكتاب عند زفر واستثناها فيه ابو ح وصاحباه ومنها
المسئلة الاتية في الكتاب ايضا ومنها لو اقر لوارث ثم مات فقال المقر له اقر
في الصحة وقالت بقية الورثة في مرضه فالقول قول الورثة عملا بالاصل
المذكور والبينة بينة المقر له لان البينات شرعت لاثبات خلاف الاصل
وان لم يقم بينة واراد استحلافهم فله ذلك ومنها ما لو قال القاضي بعد عزله

لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى زيد فضيعتها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما بعد
العزل او قبله فان القول قول الرجل عند بعض المشايخ واختاره السرخسي عملا بالاصل
المذكور واخرجه اكثر المشايخ من الاصل المذكور وقالوا الصحيح ان القول للقاضي
مع ان الفعل حادث لان القاضي اسنده الى حالة منافية للضمان فيعمل بقوله واعتمد
عليه ابن كمال بخلاف ما لو قال ذلك الرجل اخذتها ظلما حال القضاء فالقول قول
القاضي بلا خلاف على ما سيأتي في الكتاب ومنها ما في النهاية رجل اعتق امته
ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي فقالت هي قطعتها وانا حرة فالقول للامة عملا
بالاصل المذكور وكذا في كل شيء اخذه منها عند ابي ح وابي يوسف ومنها ما في
كتاب الاقرار من المجمع ولو اقر حربي اسلم باخذ المال من مسلم او ذمي قبل الاسلام
او اقر مسلم بماله لحربي في دار الحرب او اقر المولى بقطع يد معتقه قبل العتق فكذبوه
في الاسناد بان قالوا اخذت مالي بعد اسلامك وقطعت يدي بعد
عتقه فالقول لهم في الكل عملا بالاصل المذكور اعني ان الحوادث يضاف الى اقرب
اوقاته هذا عند ابي ح وابي يوسف وقال محمد القول قوله ولا ضمان عليه لانه
اسند الفعل الى حالة منافية للضمان فاخرج هذه المسائل عن الاصل المذكور
ومنها ما ذكره في الزيلعي لو اشترى عبدا ثم ظهر انه كان مريضا ومات عند
المشتري فانه لا يرجع في الثمن لان المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد فلا يضاف
الى السابق عملا بالاصل المذكور لكنه يرجع بنقصان العيب ومنها ما ذكروه
فيما لو راى على ثوبه نجاسة وقد صلى فيه ولا يدري متى اصابته فانه يعيدها
من اخر حدث احدثه عملا بالاصل المذكور ومنها بئر وجد فيها فارة ميتة
ولم يعلم وقت سقوطها فانه يحكم بنجاستها من وقت وجدانها عند ابي يوسف
ومحمد عملا بالاصل المذكور لانه اقرب اوقاته فلا يلزم اعادة شيء من الصلوة
ومنها ادعت ان زوجها ابانها في المرض فصار فارا وقالت الورثة ابانها في
الصحة فلا ترث فالقول قولها عملا بالاصل المذكور ومنها ما في القنية امة ولدت
عند المشتري فقال البايع هو ولدي ولدته لاقل من ستة اشهر من وقت
البيع وقال المشتري لا بل ولدته لاكثر من ستة اشهر فالقول للمشتري عملا بالاصل

المذكور

المذكور ولانه اضاف الحمل الحادث الى ما بعد البيع وتفرع على الاستصحاب في الفصولين
لو قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فادعت انها حاضت منذ خمسة ايام بعد
يمينه وهي كذلك في الحال صدقت لانها اخبرت بوجود حال هي فيها فصدقت
ولو كانت طاهرة فادعت انها قد حاضت فطهرت بعد اليمين لم يصدق لانها اخبرت
بوجود حال ليست هي فيها ومنها لو قال الزوج راجعتك امس فلو قال ذلك وهي
في العدة صدق لانه اخبر في حال يملك الانشاء فكذا يملك الاخبار ولو
لم تكن هي في العدة لا يصدق ومنها ان الوكيل بالبيع لو اخبر بالبيع قبل العزل
صدق لا بعده اذ يملك انشاءه قبل العزل فصح اخباره بخلاف ما بعد عزله
وكذا المولى لو اخبر بالفيء في مدة الايلاء يصدق لا بعد مضيها ومنها ان الاب
لو انفق مال ولده الغائب على نفسه وحضر ولده وادعى ان اباه كان موسرا
وقت الانفاق وانكر الاب تعتبر حاله الخصومة فلو كان معسرا وقت الخصومة
صدق والا فلا ومنها ان الاب باع مال ولده الصغير فادعى بعد بلوغه
ان بيع الاب وقع بغبن فاحش فان قيمته كانت يوم باعه مائة وقد باعه
منك بخمسين ورد على ملكي وقال المدعى عليه لا بل قيمته كانت خمسين فانه
يحكم الحال لو لم تكن المدة قدر ما يتبدل فيه الاسعار فلو كانت مدة يتبدل
فيه الاسعار فيها صدق ولو برهنا فبينة المثبت للزيادة اولى ومنها لرجل نهر
في ارض رجل اخر وميزاب في دار اخر فاختلفا وانكر رب الارض والدار
ثبوت حقه صدق في قوله وعلى المدعي البينة ان له حق التسييل الا اذا كان
الماء جاريا زمان الخصومة او علم انه كان يجري قبل ذلك فحينئذ يصدق رب
الماء ومنها ميزاب الشرع الى الطريق الاعظم لا يعرف حاله فادعى انه محدث
فيقلع فقال رب الميزاب بقدمه ثم لو كان المدعى سائلا يوم الخصومة يترك
لكن يحلف بالله تعالى ما هو محدث بغير حق ولو لم يكن سائلا يومها فلا بد من
بينة على انه مسيله او كان يسيل فيه كذلك ومات وهو كذلك فورثته او شراه
بذلك المسيل ومنها ميزاب يسيل الى دار اخر فلو اختلفا في حال جريان الماء
صدق رب الميزاب والا فلا بد من بينة وقال بعضهم يترك لو قديما ومنها

سئل محمد عن نهر عظيم لاهل قرى لا يحصون سكره من هو في اعلى النهر عن الاسفل
وقالوا هو لنا وقال الاسفلون هو لنا كله ولاحق لكم فيه قال لو كان النهر يجري
الى الاسفلين يوم الخصومة او علم انه يجري اليهم فيما مضى او اقام الاسفلون بينة
ان النهر كان يجري اليهم والاعلون هم الذين سكروه عنهم لا يمنع عن الاسفلين
ويؤمر الاعلون بازالة السكر عنهم ومنها استاجر ارضا فاختلفا فقال المستاجر
استاجرتها وهي فارغة وقال رب الارض كانت مشغولة مزروعة قبل
يصدق رب الارض بخلاف البنا يعين لو اختلفا في الصحة والفساد يحكم
الشرع صدق مدعي الصحة وقيل يحكم الحال ويصدق المستاجر لو فارغة في
الحال والا يصدق الموجر كما في انقطاع ماء الطاحونة والاصل في كل ما ذكر
ان يدلا له الحال يستدل على صدق المقال بناء على ان استصحاب الحال
حجة دافعة عندنا وكذا اي القول للوارث لو مات مسلم فقالت زوجته اسلمت
قبل موته لتكون وارثة له وقال الوارث بل بعده لئلا تكون وارثة له وذلك
لانه لو كان القول قولها لزم ان يكون الاستصحاب حجة مثبتة وليس كذلك
عندنا على الصحيح بل هو حجة دافعة فيكون القول للوارث حتى لا يكون الاستصحاب
حجة مثبتة بل يكون حجة دافعة فان الاصل بقاء النصرانية الى ما بعد الموت وهو
المراد بالاستصحاب هنا وفيه عمل ايضا بالاصل السابق اعني ان الاصل
اضافة الحوادث الى اقرب الاوقات وان قال المودع هذا ابن مودعي الميت
لا وارث له غيره دفع الوديعة اليه لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة
فيجب دفعه اليه كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي واحتمال قيام حق الميت في
الوديعة بسبب الدين او غيره متوهم مشكوك فلا يعارض ما ثبت يقينا باقراره
للوارث واليقين لا يزول بالشك فيؤمر بالدفع اليه بخلاف ما اذا اقر لرجل انه
وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقيام
حق المودع لكونه حيا فيكون اقرارا على مال الغير فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا يؤمر
بالدفع في المسئلة الاولى ايضا لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما
يوجب قيامه فيه قلنا انه مشكوك لا يعارض اليقين الثابت بالاقرار على ما ذكرنا

اتفا

انفا ثم اذا اجاز المودع وكيله بالقبض فامتنع المودع عن الدفع الى وكيله حتى هلكت
هل يضمن اولا قيل يضمن وقيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن على ما في النهاية
والعناية لان المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع عن المودع وان سلمها هل له
ان يسترده قيل لا وقيل نعم وكان ينبغي ان يسترده على ما في الزيلعي بخلاف
المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لانه ليس فيه اقرار
على الغير بل على نفسه لان الديون تقضى بامثالها وان قال المودع بعد الاقرار
الاول لآخر هذا لابنه اي ابن مودعي الميت ايضا اي كالاول وكذبه الاول
بان قال ليس له ابن غيري قضى المال للاول لانه لما صح اقراره للاول في وقت
لا مزاحم له انقطع يده عن المال فاقراره الثاني يكون اقرارا على الاول فلا يصح
كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لم يكذبه احد فيصح
اقراره وحين اقر للثاني كذبه الاول فلا يصح واعترض بان تكذيب الغير
ينبغي ان لا يؤثر في اقراره فيجب عليه ضمان نصف ما ادى للاول واجابوا
بالتزام ذلك اذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي اقر بتسليم الوديعة من القاضي
بعد ما اقر لغيره من اقر له القاضي واما اذا كان الدفع للاول بقضاء كان في
الاقرار الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الاقرار كذا في العناية ولو قسم الميراث
بين الورثة او الغرماء بشهادة لم يقولوا فيها لا نعرف له وارثا او غريما آخر
لا يؤخذ منهم كفيل وهو اي اخذ الكفيل احتياط عمل به بعض القضاة وهو ظلم
وعندهما يؤخذ اذا حضر رجل وادعى دارا في يد آخر انها كانت لابيه مات
وتركها ميراثا له فاما ان يقر به ذو اليد او لا فان كان الاول يؤخذ الكفيل
اتفاقا لان الاقرار حجة قاصرة وان كان الثاني واقام المدعي على ذلك بينة
فهو على ثلاثة اوجه احدها انهم قالوا تركها ميراثا لورثته ولم يعرفوهم ولا عددهم
وفيه لا يقبل الشهادة ولا يدفع اليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة
لانهم ما لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم والقضاء بالمجهول
متعذر والثاني انهم شهدوا انه ابنه ووارثه لا نعرف له وارثا غيره وفيه
يقضي الحاكم بجميع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق والثالث اذا شهدوا

انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم
لا نعرف له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى وقدره الطحاوي
مدة التلوم بالحول فان حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم وان لم يحضر دفع
الدار اليه ان كان الحاضر ممن لا يحجب حرمانا كالاب والابن وان كان ممن
يحجب بغيره كالجد والاخ فانه لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب نقصانا كالزوج
والزوجة يدفع اليه اوفى النصيبين وهو النصف والربع عند محمد واقلهما
وهو الربع والثمن عند ابي يوسف وقول ابي ح مضطرب فاذا كان ممن لا يحجب
ودفعت الدار اليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع اليه قال ابو ح لا يؤخذ ونسب
القائل به الى الظلم قيل مراده به ابن ابي ليلى ممن عاصره وقالا يؤخذ منه كفيل
لان القاضي نصب ناظرا ولا نظر في ترك الكفيل فياخذه احتياطا كما اذا
دفع القاضي العبد الابق او اللقطة الى رجل اثبت عنده انه صاحبه فانه ياخذ
منه كفيلا وكما لو اعطى نفقة امراة الغائب اذا استنفقت في غيبته وله
عند انسان وديعة يقر بها المودع وبقيام النكاح فانه يفرض لها النفقة
وياخذ منها كفيلا ولابي ح ان حق الحاضر ثابت قطعا ان لم يكن له وارث
اخر بيقين او ظاهرا ان كان له وارث اخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فانه
ليس بمكلف باظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة وكان العمل بالظاهر واجبا عليه
والثابت قطعا او ظاهرا لا يؤخر لموهوم كمن اثبت الشراء من ذي اليد او اثبت
الدين على العبد حتى بيع فيه فانه يدفع المبيع الى المشتري والدين الى
المدعي من غير كفيل وان كان حضور مشتر اخر قبله وغريم اخر في حق العبد
موهوما فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم الى زمان التكفيل ولان المكفول له
مجهول فلا يصح كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف ما اذا اقر ذو اليد حيث
يؤخذ منه الكفيل كما تقدم وان كان المكفول له مجهولا لانه اذا اقر لم يبق
فيه ملك ولم يثبت للمقر له بحجة كاملة وكان مظنته ان ثم مالكا لا محالة
واقله ذلك بيت المال وهو معلوم فكان التكفيل له واعترض عليه بوجهين
احدهما ان القاضي يجوز ان ياخذ الكفيل لنفسه وان لم ياخذه للمال واجيب

بان القاضي ليس بخصم له والثاني ان القاضي يتلوم في هذه الصورة بالاجماع على ما
تقدم انفا وفي ذلك تاخير حق ثابت قطعا او ظاهرا لما ذكرتم لحق موهوم
فدل على ان التاخير جائز واجيب بان التلوم ليس للحق الموهوم بل انما هو امر
يفعله القاضي لنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك
للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في
الدلالة على ذلك فان هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لان الشهادة
بالنفي باطلة في غير المستثنيات بل خبر ليستانس به على نفي الشريك والتلوم
من القاضي يقوم مقامه في افادة ذلك في حقه وليس ثمه طلب شيء زائد
من المستحق بخلاف طلب الكفالة واما مسئلة الابق والملتقط فالجواب عنها
ان في كل منهما روايتين ففي رواية لا يطالب باعطاء الكفيل فيهما وفي رواية
انه يطالب به قالوا في شروح الجامع الصغير والصحيح ان الرواية الاولى
قول ابي ح فلا يصح القياس واما مسئلة نفقة امراة الغائب فالجواب عنه
ان التكفيل فيها لحق ثابت وهو ما ياخذه الحاكم من المال من مودع الزوج
الغائب والمكفول له وهو الزوج معلوم فصحت الكفالة ومن ادعى عقارا
في يد رجل ارثا له ولاخيه الغائب وبرهن عليه دفع اليه نصفه وترك
باقيه مع ذي اليد بلا اخذ كفيل منه اي من ذي اليد لان اخذ الكفيل
انشاء خصومة والقاضي نصب لقطعها لا لانشائها ولو كان ذو اليد
جاحدا اخذ النصف الاخر منه ووضع عند امين وان لم يكن جاحدا فهما مع
ابي ح في القول بترك باقيه مع ذي اليد بلا اخذ كفيل لهما ان الجاحد خائن
فلا يترك مال الغير في يده ويوضع في امين لامانته ولابي ح ان القضاء وقع
للميت مقصودا يقضى منه ديونه وينفذ وصاياه ويحتمل ان يكون ذو اليد
مختارا للميت لكون المقضي به في يده فلا ينقطع يده بيد من هو غير مختار له
له كما اذا كان ذو اليد مقرا والخيانة بجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي
فان قيل ان المرتفع بقضاء القاضي هو الخيانة في الزمان الماضي واما الخيانة
في المستقبل فلا يرتفع به بل محتمل قلنا عدم الخيانة المستقبل ظاهر لان الكلام

لما صارت معلومة للقاضي ولمن بيده ذلك وكتب في الخريطة الظاهر انه لا يجد في
المستقبل لعلمه بعدم الفائدة في جحوده فان قيل موت القاضي والشهود ونسيانهما
للحادثة واحتراق الخريطة امور محتملة فكان الجحود في المستقبل محتملا قلنا
ذلك نادر والنادر لا حكم له وفي المنقول اي لو كانت الدعوى في المنقول
والمسئلة بحالها يؤخذ منه كفيل بالاتفاق لان المنقول يحتاج فيه الى الحفظ
والنزع ابلغ في الحفظ من تركه في يده بخلاف العقار فانها محصنة بنفسها
فلا يحتاج الى الحفظ ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون
العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير لان لهم ولاية الحفظ
فيصرفون فيما يحتاج فيه الى الحفظ وقيل المنقول ايضا على الخلاف وقول ابي ح
فيه اظهر للحاجة الى الحفظ فاذا ترك في يد ذي اليد كان مضمونا عليه ولو اخذ
لم يكن مضمونا عليه فكان الترك ابلغ في الحفظ واذا حضر الغائب دفع اليه
نصيبه بدون اعادة البينة على ما اختاره بعض المشايخ منهم صاحب الهداية
والخلاصة وقال فخر الاسلام وهو الاصح لان احد الورثة ينتصب خصما عن
الباقين فيما يستحق للميت وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه في
الحقيقة هو الميت وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك كالوكيلين
بالخصومة واذا غاب احدهما كان للاخر ان يخاصم ولهذا قلنا اذا ادعى
رجل على احدهم كان للاخر دينا على الميت واقام عليه البينة ثبت في حق
الكل وكذا اذا ادعى احدهم دينا للميت على رجل واقام عليه البينة ثبت في
حق الكل فان قيل لو صلح احدهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء
الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالاتفاق اجيب بانه عامل فيه لنفسه
فلا يصلح ان يكون نائبا عن غيره وقال بعض مشايخنا يجب عليه اعادة
البينة والقضاء بها قياسا على قول ابي ح في القصاص دية اذا اقام الحاضر
البينة على رجل انه قتل ابانا عمدا ثم حضر الغائب فانه يحتاج الى اعادتها
كذا في العناية والكفاية ويخالفه ما في اول دعوى البزازية حيث قال
وفي الاصل برهن ان له ولفلان الغائب على هذا الرجل كذا درهما ثم قدم

الغائب

الغائب كلف اعادتها وقبل قدومه يقضي بحصة الحاضر فقط عند ابي ح وعن الامام انه
انه يقضي بكله ولا يحتاج الى اعادتها بعد حضور الغائب بناء على اثبات القصاص
المشترك بين حاضر وغائب انتهى فان الظاهر من البزازية عدم وجوب اعادة البينة
بعد حضور الغائب في اثبات القصاص المشترك بين حاضر وغائب بالاتفاق
على ما هو مقتضى القياس لان الخلافية لا يصلح مقيسا عليه والظاهر من العناية
والكفاية وجوب اعادتها فيه عند ابي ح وذكر في الخلاصة مسئلة القصاص
المشترك مثل ما ذكره في العناية حيث قال وفي دية الاصل لو ان احد الورثة
اذا اثبت القصاص بقتل ابيه على رجل هل يثبت في حق الكل فعند ابي ح لا يثبت
وعندهما يثبت وقال في الخلاصة وعلى هذا الخلاف لو ادعى انه اشترى
هو وفلان الغائب من هذا الرجل هذه الدار بكذا ولو اقام البينة ولو اقام
رجل البينة انه كان لابيه على هذا الرجل الف درهم وانه مات وتركني وابنا
اخر غائبا واقام البينة وطلب نصيبه يقضى له بنصيبه وهل يقضى بنصيب الابن
الاخر ايضا ذكر في الاقضية انه يقضى ولا يكلف الابن الغائب بعد حضوره
اعادة البينة ولم يذكر الخلاف وذكر في الجامع الصغير مسئلة الدار ولم يذكر
الخلاف كما في الاقضية في الدين الكل في الخلاصة وهل يشترط كون
المدعى به في يد الحاضر ففي الخلاصة نقلا عن شهادات الاصل لو ادعى
عينا في تركة واحضر المدعي احد الورثة واقام البينة عليه وقضى القاضي
يكون قضاء على جميع الورثة وفي شهادات الجامع الكبير انما يكون قضاء على
جميع الورثة ان لو كان المدعى به في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في
يده ينفذ بقدره هكذا ذكره في اول كتاب الدعوى ثم ذكر في الفصل الرابع
من دعوى الدين رجل ادعى على ميت حقا فخاصمه الورثة او الوصي فلو قضى
القاضي على احد الورثة يكون قضاء على الكل وان لم يكن في يد ذلك الوارث
شيء من التركة بخلاف دعوى العين انتهى فظهر منه ان كون المدعى به في يد الوارث
الحاضر شرط في دعوى العين لا في دعوى الدين وكذا في الفصولين
والعمادي وهل يشترط كون المدعى به مقسوما في كون الحاضر خصما عن الغائب

ففي البزازية نقلا عن الفاعدي تركة في ايدي ورثة وهي لم تقسم و بعض الورثة
ادعى رجل على واحد منهم انه ملكه لسبب ارثه من ابيه لم يكن الحاضر خصما الا في قدر
نصيبه انتهى فدل هذا على اشتراط كونه غير مقسوم وبه صرح في البحر ايضا
حيث قال انما ينتصب الحاضر خصما عن باقي الورثة فيما في يده من العين اذا كانت
العين لم تقسم بين الحاضر والغائب وان قسمت واودع الغائب نصيبه عند
الحاضر فلا ينتصب خصما عن الغائب فيه لانه يكون كسائر امواله هكذا
وعزاه الى العنابي قلت ويخالفه ما في العمادي ولو اودع وارث نصيبه من
عين التركة عند وارث اخر فادعى انسان هذا العين ينتصب هذا الوارث
خصما عن الباقي لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين اذا كان العين في
يده بخلاف الاجنبي وهكذا في الفصولين ايضا فان هذا دل على ان الحاضر
من الورثة ينتصب خصما عن الغائب في دعوى العين ولو كان العين مقسوما
لان ايداع الغائب حصته عند الحاضر لا يكون الا بعد القسمة وهل يشترط
تصديق الغائب كون المدعى به ارثا عن الميت في كون الحاضر خصما عن الغائب
ففي العمادي اذا كان العين في يد الحاضر فان حضر الغائب وصدقه في الارث
فالقضاء ماض وان انكر الارث وادعى الملك بجهة اخرى تكلف المدعي اقامة
البينة انتهى وفي البحر انما لا تصح دعوى الغائب اذا حضر بشرط ان يصدق
ان العين ميراث بينه وبين الحاضر اما لو انكر الارث وادعى انه اشتراها او ورث
نصيبه من رجل اخر لا يكون القضاء على الحاضر قضاء عليه فتسمع دعواه
وتقبل بينته والحاصل ان الحاضر انما ينتصب خصما عن باقي الورثة الغائبين
بثلاثة شروط كون العين كلها في يده وان لا تكون مقسومة بين الورثة
وان يصدق الغائب على انها ارث عن الميت بينه وبين الحاضر انتهى وهل يكون
للحاضر حق قبض نصيب الغائب فيما كان خصما عنه ففي العمادي نقلا عن فتاوى
النسفي احد الورثة يصلح خصما عن المورث فيما يستحق له وعليه ويظهر ذلك
في حق جميع الورثة الا انه يكون له حق قبض نصيبه دون قبض انصبا
سائر الورثة لكن انما يثبت حق الكل اذا ادعى حق الكل واقام البينة على الكل

وقضى

وقضى القاضي بالكل فيثبت الكل ويكون له حق المطالبة بحصة نفسه اما اذا ادعى
قدر نصيب نفسه واقام البينة على ذلك وقضى القاضي به فلا يثبت في حق
سائر الورثة حتى لو اثبت نصيب نفسه بالبينة ثم سائر الورثة يريدون
استيفاء انصبائهم من هذه المدعى عليه بتلك البينة السابقة لا يملكون ذلك
انتهى مسئلة واقعة الفتوى ادعى احد الورثة على رجل كذا درهما من جهة
مورثه وباقي الورثة غائب واقام الحاضر البينة على ذلك الرجل واقام
الرجل بينة على الدفع بان مورثه ابراه عنه ثم حضر الغائب من الورثة
وادعاه فهل يحتاج ذلك الرجل في الدفع عنه الى اقامة البينة او لا يحتاج
اليها فافتيت بانه لا يحتاج اليها بل يكفيه الدفع الاول لان احد الورثة لما قام
مقام الكل في الاثبات فكان دفع الدافع دفعا عن الكل ومن اوصى بثلث
ماله فهو على كل مال له سواء كان من جنس مال الزكوة كالنقدين والسوائم
واموال التجارة بلغ النصاب او لا او من جنس غيرها كالعقار والرقيق واثاث
المنزل وثياب البذلة ونحوها وهذا لان الوصية اخت الميراث لانها خلافة
كالوراثة والميراث لا يختص بمال دون مال فكذا الوصية ولانها تقع في حال
الاستغناء عن المال فينصرف الى الكل وفي البحر ان قولهم ههنا كما في الهداية
ان الوصية خلافة كالوراثة مشكل فان المصرح به ان ملك الموصى له ليس
بطريق الخلافة كملك الوارث وقال الصدر الشهيد في شرح ادب القضاء
ان الموصى له ليس بخليفة عن الميت ولهذا لا يصح اثبات دين الميت عليه
وانما يصح على وارث او وصي ولم ار واحدا من الشارحين تنبه عليه وقد ظهر لي
ان صاحب الهداية اراد بالخلافة ان ملك كل منهما بعد الموت لا بمعنى انه قائم
مقامه انتهى كلام البحر قلت كون مراد صاحب الهداية بالخلافة ما ذكره صاحب
البحر صرح به في العناية حيث قال لانها خلافة كالوراثة من حيث انها يثبتان
الملك بعد الموت انتهى ولو قال مالي او ما املك صدقة فهو على مال الزكوة
كالنقدين والسوائم واموال التجارة بلغ النصاب او لا لان المعتبر هو جنس
مال الزكوة والقليل من جنسها كالكثير ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بماله

لزمه التصدق به وان قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه لان
المعتبر جنس ما يجب فيه الزكوة وان لم يجب الزكوة ولا يجب التصدق بالاموال
التي لا يجب في جنسها الزكوة كالعقار والرقيق واثاث المنزل وثياب البذلة
وهذا استحسان والقياس لا فرق بين هذا وبين الاول اعني اوصيت بثلث
في ان يقع على كل شيء كما قال به زفر لان اسم المال عام يتناول الجميع وجه
الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى اذ ليس للعبد ولاية
الايجاب مستبدا لئلا ينزع الى الشركة وايجاب الشرع في المال من الصدقات
مضاف الى اموال الزكوة خاصة فكذا ايجاب العبد فان قيل ان الاعتكاف
لم يوجد في الشرع من جنسه شيء مع ان للعبد ولاية الايجاب له لانه يجب
بايجابه قلنا ثم لان من جنسه الوقوف بعرفات لانه لبث في مسجد جماعة
عبادة وقد مر تفصيله في باب النذر ثم هذا في مالي صدقة بالاتفاق وفي
ما املك فوقها لخلاف قيل انه يتناول كل مال زكويا كان او غيره وهو رواية
ابي يوسف عن ابي ح ذكرها في الامالي واختاره الطحاوي في مختصره واستدلوا
عليه بان ما املك اعم من مالي لان الملك يطلق على المال وغيره يقال ملك النكاح وملك
القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال واذا كان اعم ينصرف الى
غير اموال الزكوة ايضا اظهارا للزيادة بعمومه فان قيل الصدقة بالاموال مقيدة
في الشرع باموال الزكوة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار والواجب الرعاية اجيب
بان المقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ الملك فيبقى
على العموم ورد بانه يلزم ان لا يكون ايجاب العبد معتبرا بايجاب الشرع فالصحيح
ان لفظ مالي وما املك سواء فيما نحن فيه فيختصان بالاموال الزكوية وهو اختيار
الامام السرخسي وصاحب الهداية والنص وصاحب الكنز وغيرهم وهل يدخل
في الوصية بالمال ما على الناس من الديون ففي البحر قالوا ان الدين ليس بمال حتى
لو حلف ان لا مال له وله دين على الناس لا يحنث ثم استشكل هذا وقال ولا شك
ان الدين يجب فيه الزكوة بشرط القبض فينبغي ان يدخل تحت النذر بالمال وفي
كلام الشارح الزيلعي في الوصايا ما يفيد دخول الدين في الوصية بالمال لانه

يصير

يصير مالا بالاستيفاء ولكن قال في الخانية ولا يدخل الديون ويدخل فيه ارض
العشر عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشر راجحة
عنده فصارت الاراضي العشرية كاموال التجارة لكونها من جنس ما تجب فيه الزكوة
خلافا لمحمد لانها سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده فصارت مثل عبد
الخدمة واما الارض الخراجية فلا تدخل بالاجماع لانه تمحض مؤنة لان مصرفه
المقاتلة وفيهم الاغنياء وقول ابي يوسف مع محمد على ما ذكره التمرتاشي في الخلافية
فان لم يكن له مال غيره اي ما دخل تحت الايجاب اي مال الزكوة امسك منه
قوته لان قوته مقدمة على غيرها لئلا يقع في ذل السؤال اذ لو لم يمسك قوته لاحتاج
ان سال الناس لقوته فاذا اصاب مالا تصدق بمثل ما امسك لو قال تصدق
ما امسك بخلاف لفظ المثل على ما وقع في العناية لكان اولى لان الواجب عليه
بعد ما اصاب مالا ان يتصدق بعين ما امسك لا مثله تامل ثم مقدار ما يمسكه لم يبين
محمد في المبسوط لاختلاف احوال الناس فيه بقلة العيال وكثرته وقيل المحترف
يمسك قوت يومه لان يده تصل الى ما ينفق يوما فيوما وصاحب الغلة اعني صاحب
الدور والحوانيت والبيوت المعدة للاستغلال يمسك قوت شهره لانه يصل
الى ما ينفقه شهرا وصاحب التجارة بقدر ما يرجع اليه ماله وصاحب الضياع بقدر
سنة لان الدهقان يصل الى ما ينفق سنة فسنة ومن اوصي اليه بصيغة المجهول
اي من جعل وصيا ولم يعلم الوصاية اي كونه وصيا حتى باع شيئا من التركة فهو
وصي وبيعه جائز وفيه اشارة الى انه لا يتمكن من اخراج نفسه عن الوصاية من
غير ان يشترط من التصرف وليس كذلك بل له اخراج نفسه عن الوصاية قبل القبول
قولا او فعلا بان يتصرف فيه بالبيع او غيره فالاولى ان يقول ومن اوصي اليه
ولم يعلم فتصرف فيه فهو وصي على ما وقع في الهداية بخلاف التوكيل فان الوكيل
لو باع شيئا قبل ان يعلم الوكالة لم يجز بيعه وجه الفرق ان الوصاية خلافة
لا نيابة لانها مضافة الى زمان بطلان النيابة اعني ما بعد الموت والخلافة
لا تتوقف على العلم في التصرف كما اذا تصرف الوارث بالبيع قبل العلم بموت
المورث فانه صحيح بخلاف الوكالة فانها انابة لقيام ولاية الميت والانابة تتوقف

على العلم وعن ابي يوسف ان الوصاية كالوكالة بجامع الينابة فان الوصاية نيابة بعد
الموت والوكالة قبله فكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي ايضا فلذلك
فان قيل اذا قال الرجل اشتر عبدي من فلان ولم يعلم فلان بهذا القول وباع عبده
لذلك الرجل صح بيعه من غير توقف على علمه بالوكالة بالبيع فلا تشترط علم
الوكيل اجيب بان في هذه المسئلة روايتين في رواية جائز بيعه وفي رواية
اخرى لا يجوز ووجه الفرق على رواية الجواز انه يثبت ضمنا والكلام في الوكالة
القصدية لا الضمنية وهذا اذا قال بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد فان فيه
روايتين في احديهما صح تصرفه وان لم يعلم بالاذن لثبوته ضمنا وقبل في
الاخبار بالتوكيل خبر فرد وان وصلية فاسقا كان او غير بالغ بعد ان كان
مميزا على ما في العناية لانه اثبات حق ابتداء لا الزام امر فيكفي فيه خبر الواحد
لا في العزل منه اي من التوكيل الا خبر عدل واحد او مستورين لانه خبر
ملزم لكونه نافيا لجواز التصرف بعد ثبوته فلا بد فيه احد شطري الشهادة
اعني العدد او العدد وعندهما هو كالاول لانه من جنس المعاملات وجنسها
يثبت بخبر الواحد ولو فاسقا كالوكالة واذن العبد في التجارة وكذا الخلاف
في اخبار السيد بجناية عبده ان اخبرها اثنان او واحد عدل فتصرف
فيه بعده بعتق او بيع كان اختيارا منه للفداء وان اخبره فاسق وصدقه
فكذلك لتصديقه وان لم يصدقه فعلى الاختلاف المذكور فعنده لا يكون اختيارا
منه وعندهما يكون اختيارا منه والشفيع بالجر عطف على السيد بالبيع ان
اخبره اثنان او واحد بالبيع فسكت سقطت الشفعة وان اخبره فاسق فعلى
الخلاف المذكور عنده لا تسقط الشفعة وعندهما تسقط والبكر بالجر ايضا
اي اخبار البكر بالتزويج ان اخبره اثنان او واحد عدل تزويج المولى فسكتت
كان رضاء بلا خلاف وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الخلاف المذكور ومسلم
بالجر ايضا لم يهاجر صفة مسلم اي وكذا الخلاف في اخبار مسلم لم يهاجر من
دار الحرب الينا بالشرائع ان اخبره اثنان او واحد عدل لزمته ولو تركها يجب عليه
قضاؤها وان اخبره فاسق وكذبه فعلى الخلاف المذكور وعلى الخلاف المذكور

بينه وبين صاحبيه ايضا العبد المأذون اذا اخبره واحد عدل او اثنان بالحجر يثبت
الحجر صدق العبد او كذب وان اخبره فاسق وكذبه يثبت الحجر عندهما لا عنده كذا
كذا في العناية ولم يذكره المص الحاقا له بعزل الوكيل وقال في البحر اذا قال رجل
هذا العين معيبة فاقدم على شرائه كان ذلك رضى بالعيب ان كان المخبر عدلا
او اثنين بالاتفاق وان كان فاسقا فلا يكون رضى عنده خلافا لهما هكذا
ذكره نقلا عن الظهيرية ثم ذكر نقلا عن الشيخ مسئلة فسخ الشركة من قبيل الخلاف
المذكور ثم ذكر من عند نفسه ان عزل الواقف المتولي من قبيل الخلاف المذكور
ايضا قال ولم اره صريحا انه من هذا القبيل ولكن صرحوا بانه وكيل الواقف
فيستفاد من مسئلة عزل الوكيل انه من قبيل الخلاف المذكور ثم قال وينبغي ايضا
ان يكون عزل القاضي من قبيل الخلاف المذكور ولم اره صريحا فصار مجموع الخلافية
تسعة وقال في الاشباه يقبل قول الواحد العدل في احد عشر موضعا كما في
المنظومة لابن وهبان في تقويم المتلف وفي الجرح وفي التعديل والمترجم
وفي جودة المسلم فيه ورداءته وفي الاخبار بالمفلس بعد مضي المدة وفي رسول
القاضي الى المزكي وفي اثبات العيب وفي رؤية هلال رمضان عند الاعتلال
وفي اخبار الشاهد بالموت وفي تقدير ارش المتلف وزدت اخرى يقبل قول
امين القاضي اذا اخبره بشهادة شهود على عين تعذر حضورها انتهى قال ابن
شحنة في شرح تلك المنظومة وقال محمد لا يكفي في الجرح وفي التعديل قول عدل
واحد بل لا بد من اثنين وكذا قال محمد لا يكفي المترجم العدل في التوصيف بل لا بد
من اثنين ثم فسر اخبار الشاهد بالموت بقوله اذا شهد عدل عند رجلين على
موت رجل وسعهما ان شهدا عند القاضي على موته ولو باع القاضي او امينه عبدا
من تركة الميت للغرماء واخذ المال اي الثمن فضاع الثمن واستحق العبد لا يضمن
القاضي ولا امينه لان القاضي قائم مقام الامام ولا ضمان على الامام
كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فيضيع الحقوق ونائبه قائم مقامه وامين
القاضي مثل القاضي وهو من يقول له القاضي جعلتك امينا في بيع هذا العبد
واما اذا قال بع هذا العبد ولم يزد عليه اختلف المشايخ فيه والصحيح انه لا يلحقه

عهدة مثل الاول كذا في البحر نقلا عن شيخ الاسلام خواهر زاده وفيه ايضا لو قال
امين القاضي بعت وقبضت الثمن وقبضت الغريم صدق بلا يمين
المسئلة ينتقض الحصر الذي ذكره في الاشباه كل من قبل قوله فعليه اليمين
الا في مسائل عشرة مذكورة في القنية الوصي في دعوى الانفاق على اليتيم
او عبده وفي بيع القاضي مال اليتيم وادعى اشتراه البراة من كل عيب وفيما اذا
ادعى القاضي اجارة مال الوقف وفيما اذا ادعى القاضي اجارة مال اليتيم وفيما
اذا ادعى الموهوب له هلاك العين وفيما اذا اختلفا في اشتراط العوض في
الهبة وفي قول العبد البايع انا ماذون وللاب في مقدار الثمن اذا اشترى
لابنه الصغير واختلف مع الشفيع وفيما اذا انكر الاب شراه لنفسه وادعاه لابنه
وفيما يدعيه المتولى من الصرف انتهى ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع وقع
لاجلهم وقد تعذر الرجوع على العاقد فتعين الغرماء ولو باعه الوصي لاجلهم
اي لاجل الغرماء بامر القاضي ثم استحق او مات قبل قبضه وضاع المال اي الثمن
رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت قضاء كما اذا باعه الميت بنفسه
في حيوته وفي ذلك يرجع المشتري عليه فهنا يرجع على نائبه وهو اي الوصي
على الغرماء لما ذكرناه ثم ان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه وهل يرجع
بما غرم للوصي فيه قيل يرجع وقيل لا لانه انما يضمن من حيث ان العقد وقع فلم يكن
له ان يرجع على غيره وجه الاول ان هذا الضمان لحقه في امر الميت فيرجع
ولو قال لك قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم او القطع او الضرب فافعله
وسعك فعله في ظاهر الرواية لانه اخبر عما يملك انشائه فلا يتهم في خبره ولانه
من اولي الامر وفي تصديقه بما اخبر به طاعة له فيجب تصديقه وعن محمد انه
لا ياخذ بمجرد قوله ما لم يكن الشهادة بحضرته لان قوله يحتمل الغلط والتدارك
بعد الوقوع غير ممكن واستحسنه المشايخ لفساد حال قضاة زماننا وكذا في
العدل غير العالم ان استفسر عن قضائه لبقاء تهمة الغلط فاحسن القاضي تفسيره
اي تفسير القضاء بان فسر على وجه اقتضاء الشرع مثلا ان يقول استفسرت
المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت فيه بالرجم وثبت عندي بالحجة انه اخذ من

حرز نصابا والا فلا لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا اذ الشبهة غير دارئة
ولا يعمل بقول غير العدل مطلقا اي عالما او جاهلا ما لم يعاين سبب الحكم
لتهمة الخطأ والخيانة لو قال قاض عزل عن القضاء لشخص اخذت منك حال
قضائي الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك او قال قضيت بقطع يدك
في حق فقال ذلك الشخص بل اخذتها او قطعت يدي في حال قضائك ظلما
واعترف ذلك الشخص بكون ذلك اي الاخذ والقطع حال ولايته صدق
القاضي لانهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهد اله اذ الظاهر
ان القاضي لا يقضي بالجور والظلم والقول قول من يشهد له الظاهر قيد باعتراف
ذلك الشخص بكون الاخذ والقطع حال قضائه لان المأخوذ ماله والمقطوع
يده لو زعما ان القاضي فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل ففيه اختلاف
المشايخ والاصح ان القول للقاضي ايضا على ما سياتي ذكره ولا يمين عليه اي
على القاضي لان ايجاب اليمين على القاضي يفضي الى تعطيل مصالح المسلمين بامتناع
الدخول في القضاء ولو قال ذلك الشخص للقاضي فعلته قبل ولايتك او بعد
عزلك وادعى القاضي فعله في ولايته فالقول له ايضا لانه لما استند فعله
الى حالة منافية للضمان اعني حالة القضاء صار بذلك الاسناد منكرا للضمان
فيكون القول له كما اذا قال من عهد منه الجنون طلقت او اعتقت وانا مجنون
فالقول له حتى لا يقع الطلاق والعتاق لاسناده الى حالة منافية للايقاع هو
الصحيح احترز به عما قاله بعض المشايخ منهم الامام السرخسي ان القول قول ذلك
الشخص لان المنازعة اذا وقعت في الماضي يحكم الحال وفي هذه الحالة فعله
موجب للضمان وهو بهذا الاسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه فلا يقبل قوله
بلا برهان ومما يؤيد ما قاله الامام السرخسي فيما بعد العزل ما قالوا ان الاصل
في الحوادث ان يضاف الى اقرب اوقاته لكن اكثر مشايخنا اخرجوا المسئلة
المذكورة عن هذا الاصل وادرجوها تحت اصل اخر وهو ان المقر متى اسند
اقراره الى حالة منافية للضمان من كل وجه لا ضمان عليه وهو اصل مقرر
يبتني عليه فروع كثيرة منها مسئلة الكتاب ومنها لو قال العبد لغيره بعد عتقه

قطعت يدك وانا عبد وقال المقرله لا بل قطعتها وانت حر فالقول للعبد للاصل المذكور
ومنها لو قال المولى لعبده بعد اعتاقه اخذت منك كذا درهما وانت عبد وقال
المعتق لا بل اخذتها بعد العتق كان القول للمولى للاصل المذكور ومنها الوكيل
بالبيع اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بل بعد العزل فالقول للموكل
ومنها لو قال الوصى بعد ما بلغ اليتيم انفقت عليك كذا وكذا من المال وانكر اليتيم
كان القول للوصى للاصل المذكور فان قيل ان هذا الاصل منتقض بمسئلة
ذكرها في النهاية وهى رجل اعتق امته ثم قال لها قطعت يدك وانت امتى
وقالت هى لا بل قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذا في كل شئ اخذه منها عند ابى حنيفة
وابى يوسف مع ان المولى اسند الفعل الى حالة منافية للضمان واجيب عنه
ببيان الفرق بان المولى اقر بسبب الضمان ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في
اقراره ولا يصدق في دعواه التملك له ولذا لو قال لرجل اكلت طعامك
باذنك فانكر هو الاذن يضمن المقر قلت في هذا الجواب نظر يعرف بالتامل
والقاطع او الاخذ اى الذى يقطع اليد ويأخذ المال بامر القاضى ان كانت دعواه
كدعوى القاضى بان اقر كل منهما بما اقر به القاضى من القطع والاخذ في حالة
منافية للضمان ضمن كل من القاطع والاخذ هنا اى فيما قال ذلك الشخص اى
المقطوع يده والمأخوذ ماله فعلته قبل زمان الولاية او بعد العزل لاقرارهما
بسبب الضمان وقول القاضى فعلته في زمان ولايتى انما يعتبر في دفع الضمان
عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره لا في الاول اى لا يضمنان فيما
اعترف ذلك الشخص بكون القطع والاخذ حال ولايته لانه ثبت فعله في حالة
منافية للضمان بالتصادق **كتاب الشهادة** عقب كتاب القضاء بالشهادات
لان القاضى يحتاج الى الشهادة في الوصول الى القضاء فكانت من تتمة القضاء
المقصودة بالذات والكلام هنا في مواضع الاول في معناها اللغوى وهى
اللغة مشتقة من المشاهدة التى تنبئ عن المعاينة والثانى في معناها الاصطلاحى
وسيأتى ذكره في الكتاب والثالث في شرائطها وسيأتى بيانه مفصلا
والرابع سبب وجوبها وهو طلب صاحب الحق او خوف فوت الحق فان من عنده

شهادة

شهادة ولا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه ان يشهد بلا طلب على ما
في البحر والعناية والخامس حكمها وهو وجوب الحكم على القاضى والسادس في
صفتها تحملا واداء وسيأتى بيانها والسابع في ان القياس عدم قبولها لاحتمال
الخبر الكذب لكن لما شرطت العدالة ترجح جانب الصدق الثامن في قبولها وهى
ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع والتاسع في اهلها وسيأتى بيانه في الكتاب
هى في عرف الشرع اخبار بحق احترز به عن الاخبار بباطل وكاذب للغير على الغير
يجوز ان يتعلق كل من الجارين الى الاخبار فيكون بيانا للمشهود له وعليه وان
يتعلق الى الحق فيكون بيانا للمشهود به عن مشاهدة متعلق باخبار ففيه اشارة
الى ان معناه اللغوى معتبر في معناه الاصطلاحى وهو الاصل لانها في اللغة
مشتقة عن المشاهدة المنبئة عن المعاينة لا عن ظن لان الظن لا يغنى من الحق
شيئا ومن تعين لتحملها بسبب معاينة ما يتحملها له بالسماع في المسموعات
والابصار في المبصرات ونحو ذلك لا يسعه ان يمتنع لقوله تعالى ولا يأبى
الشهداء اذا ما دعوا ويفترض اداؤها بعد التحمل لقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة
ومن يكتمها فانه اثم قلبه فانها بظاهرها تدل على النهى عن الكتمان والنهى عن احد
الضدين يستلزم ثبوت الضد الاخر لعدم جواز ارتفاعهما فيلزمه الامر بالاظهار
وهو الشهادة فيكون فرضا وفي قوله ومن تعين لتحملها اشارة الى انها فرض
كفاية الا ان يتعين للاداء فانه يكون فرض عين له اذا طلبت منه لانها حق
المدعى فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق هذا شرط لوجوب الاداء فيما كان من
حقوق العباد اذ لا بد من تقديم الدعوى وطلب الشهادة في كل ما هو من
حقوق العباد بخلاف حقوق الله تعالى فانه لا يشترط في قبول الشهادة عليها
وجود الدعوى وطلب الشهادة بل تقبل الشهادة من غير تقديم الدعوى بمجرد
الاخبار بالقاضى عليها سنبينه واما في الشهادة الحسبية ما كان في حقوق
الله تعالى فلا يلزم الشهادة بدون هذه الشروط قال في شهادات القنية الشاهد
اذا اخر شهادته هل تقبل ام لا اجاب المشايخ في شهود شهدوا بالحرمة المغلظة
بعد ما اخروا شهادتهم خمسة ايام من غير عذر انه لا يقبل ان كانوا عالمين بانها

يعيشان عيش الازواج قال علاء الحمامي والخطيب الاغاطي وكمال الائمة البياعي
شهدوا بعد سنة باقرار الزوج بالطلقات الثلث لا تقبل اذا كانوا عالمين
بعيشهم عيش الازواج وكثير من المشايخ اجابوا كذلك في جنس هذا وان كان
تاخيرهم لعذر جاز مات عن امراة وورثة فشهد الشهود انه كان اقر بحرمتها
حال صحته ولم يشهدوا بذلك حال حيوته لا تقبل اذا كانت هذه المراة مع
هذا الرجل وسكتوا لانهم فسقوا وشهادة الفاسق لا تقبل اقر بعض الورثة
باعتاق المورث جاريته وانكر البعض ثم شهد شهود ان المتوفي اعتقها فتاخير
الشهادة لا يكون طعنا ان كان لعذر او تاويل قال استاذنا هذا اشارة الى
ان التاخير لو كان لا لعذر ولا لتاويل لا تقبل في عتق الجارية كما في الطلاق
وانه حسن لكونه شهادة في باب الفروج في الموضعين وعنه ولا يسقط عدالة
الشاهد في تاخير شهادة الاعتاق اذا كان وحده ويعلم انه لا يلتفت الى قول
وحده وان علم انه لو اخبر القاضي وحده يحول بينهما يفسق بالتاخير وكذا في
الطلاق هذا وقال في فصل من لا تقبل شهادته للتهمة من قاضيخان رجلان شهدا
على مريض صاحب الفراش انه طلق امراته ثلثا وقالا استشهدنا بذلك في صحته
وامرنا بكتمانه فكتمناه لا تقبل شهادتهما لانهما شهدا على انفسهما بالفسق وعن ابي
القاسم الصفار اذا شهد اثنان على طلاق امراة او عتق امة وقالا كان ذلك
عام اول جازت شهادتهما وتاخيرها لا يوهن شهادتهما قال رضي الله عنه
وينبغي ان يكون ذلك وهنا اذا علموا انه يمسكها امساك الزوجات والاماء
لان الدعوى ليس بشرط في هذه الشهادة فاذا لم روها صاروا فسقة
انتهى كلام قاضيخان قلت فعلى هذا يحمل قول الصفار على ما اذا لم يعلموا امساكها
امساك الزوجات فلا يكون عدم قبول شهادتهم بالكتمان مختلفا فيها بل متفق عليه
حتى لو قضى القاضي بشهادتهم لا ينفذ قضاؤه بما قلت وهل يسقط الشهادة
على رمضان بالتقادم قالوا انها تسقط ولهذا قال في صوم قاضيخان اذا شهد
الشهود على هلال رمضان في اليوم التاسع والعشرين انهم راوا هلال رمضان
قبل صومهم بيوم ان كانوا في هذا المصر ينبغي ان لا تقبل شهادتهم لانهم تركوا

الحسبة وان جاؤا من مكان بعيد جازت شهادتهم لانتفاء التهمة ثم الطلب ههنا اعم
من الحقيقي والحكمي فيدخل فيه من كان عنده شهادة ولا يعلم بها المدعي وخاف هو
فوت الحق فانه يجب عليه ان يشهد بلا طلب حقيقة فانه طالب حكما لتعين الشهادة
له عليها في البحر وقال فيه ايضا انما يلزم اداء الشهادة بشروط الاول
طلب المدعي فيما كان من حقوق العباد حقيقة او حكما الثاني ان يعلم ان
القاضي يقبل شهادته وان علم انه لا يقبل لا يلزم الثالث ان يتعين عليه
الاداء والا فلا يلزم واعلم ان كل ما هو من قبيل حقوق الله تعالى تقبل
فيها الشهادة ويقضى بها من غير تقديم الدعوى وطلب الشهادة وهي في
مواضع على ما ذكروه الاول في الوقف في العمادية والشهادة على الوقف
هل تقبل بدون الدعوى اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا تقبل وقال
بعضهم تقبل وهو اختيار الفقيه ابي جعفر لان الوقف حق الله تعالى وهو
التصدق بالغلة فلا يشترط فيه الدعوى ومن هنا قال في قاضيخان
رجل باع ارضا ثم ادعى انه كان وقفها قبل البيع واراد تحليف المدعى عليه
ليس له ذلك عند الكل لان التحليف يعتمد صحة الدعوى ودعواه لم تصح
لمكان التناقض وان اقام البينة على ما ادعى اختلفوا فيه قال بعضهم لا تقبل
بينته لانه متناقض وقال بعضهم تقبل بينته لان التناقض لا يمنع صحة الدعوى
في الوقف وعلى قول الفقيه ابي جعفر الدعوى لا تشترط لقبول البينة
على الوقف لان الوقف حق الله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى كالشهادة
على الطلاق والعتاق الا انه كان هناك موقوف عليه مخصوص ولم يدع
لا يعطى له شيء من الغلة ويصرف جميع الغلة الى الفقراء قلت وينبغي ان
يكون الجواب على التفصيل ان كان الوقف على قوم باعيانهم لا تقبل البينة
عليه بدون الدعوى عند الكل وان كان الوقف على الفقراء او على المسجد
عندهما تقبل وعند ابي ح لا تقبل بدون الدعوى انتهى ذكر رشيد الدين
هذا التفصيل وقال هكذا فصل الامام الفضلي وهو المختار وعليه فتوى
ابو الفضل الكرماني اقول لا بد من هذا التفصيل لان الاصل هنا ان كل ما هو

حق العبد لابد فيه من تقديم الدعوى في قبول الشهادة عليه وكل ما هو حق الله
تعالى فلا حاجة فيه الى الدعوى فالوقف ان كان على اعيان الناس لابد فيه من
الدعوى لثبوت استحقاقهم بخلاف ما اذا كان على الفقراء او على المسجد ونحو
ذلك مما يرجع الى حق الله تعالى الثاني في النسب ففي شرح منظومة ابن وهبان
الشهادة على النسب على ما حكي عن صاحب المحيط مقبولة من غير دعوى لانه
يتضمن حرمات كلها لله تعالى حرمة الفرج والامومة والابوة فيقبل كما في عتق
الامة وقيل لا تقبل من غير دعوى من خصم وفي القنية والشهادة على
دعوة المولى نسب عبده تقبل من غير دعوى قيل الظاهر ان القبول على قولهما وعدم
القبول على قول ابي ح الثالث في العتق ففي العمادي والفصولين الشهادة
على عتق الامة تقبل من غير الدعوى حسبة ولا يشترط حضور الامة
ولكن يشترط حضور المولى حتى لو شهدا ان فلان الغائب اعتق امته لا يسمع
القاضي شهادتهما واما الشهادة على عتق العبد فاختلفوا فيها فقال ابو ح انها
لا تقبل بدون الدعوى وقال صاحباه انها تقبل بدون الدعوى مثل عتق
الامة هكذا ذكره في العمادي والفصولين ثم نقلا عن فتاوى رشيد الدين
ان خلاف ابي ح مع صاحبيه في الشهادة القائمة على عتق العبد الحاصل من
جهة المولى اما لا اختلاف في انهم لو شهدوا انه حر الاصل تقبل بدون الدعوى
لان الشهادة على حرية الاصل شهادة على حرية امه والشهادة على حرية امه
شهادة بتحريم الفرج وحرمة الفرج حق الله تعالى فيقبل الشهادة فيه من غير الدعوى
حسبة كما في عتق الامة وذكر صاحب المحيط في شرح الجامع الصغير الصحيح
ان دعوى العبد شرط عند ابي ح في حرية الاصل وفي العتق العارض وان
التناقض لا يمنع صحة الدعوى ولا صحة الشهادة لا في حرية الاصل ولا في
العتق العارض وفي متفرقات شهادات المحيط ولا يحلف على عتق العبد حسبة
بدون الدعوى بالاتفاق وهل يحلف على عتق الامة وطلاق المرأة من غير
الدعوى اشار محمد في اخر كتاب التحري انه يحلف وعن شمس الائمة السرخسي
انه لا يحلف وفي القنية قالوا والشهادة على التدبير كالشهادة على العتق لا تقبل

عند

عند ابي ح بدون الدعوى وقيده في الاشباه بتدبير الامة الرابع في الطلاق
ففي العمادي والفصولين الشهادة على طلاق المرأة تقبل من غير دعوى حسبة
لانها قامت على تحريم الفرج ولهذا قال في اواخر دعوى النكاح من البزازية الاب
زوج البالغة وسلمها الى الزوج ودخل بها الزوج ثم برهنت على انها كانت ردت
النكاح قبل اجازتها فالمذكور في الكتب انها تقبل قال صاحب الواقعات الصحيح
عدم القبول لانها متناقضة في الدعوى والبينة تترتب على الدعوى والصحيح القبول
لانه وان ابطل الدعوى والبينة لا تبطل لانها قامت على تحريم فرج المرأة والبرهان
عليه مقبول بلا دعوى انتهى ولا يشترط حضور المرأة ولكن يشترط حضور
الزوج حتى لو شهدوا ان فلان الغائب طلق امرأته لا يسمع القاضي ذلك ولو شهدوا
ان هذا الرجل طلق امرأته وهي غائبة تقبل ثم ذكرا عن شروط الحلواني انه يشترط
حضور المرأة ليشير اليها الشهود عند الشهادة ثم قال بعد اسطر لو شهد شاهدان
عند المرأة بطلاق زوجها فان كان الزوج غائبا وسعها ان تعتد وتتزوج
بزوج اخر وان كان حاضرا معها ليس لها ذلك ولكن لا يمكن من زوجها وكذلك
ان سمعت انه طلقها ثلاثا وجحد الزوج ذلك وحلف فردها القاضي عليه لم يسعها
المقام معه وينبغي ان تفتدي بمالها او تهرب واذا هربت هل لها ان تعتد وتتزوج
بالاخر في القضاء لم يسعها ذلك ويسعها فيما بينها وبين ربها وذكر في العيون
اذا اخبرت المرأة بموت زوجها او بردته او بتطليقه اياها حل لها التزوج ولو
سمع من هذا الرجل رجل اخر حل له ان يشهد لان هذا من باب الدين فيثبت بخبر
الواحد بخلاف النكاح والنسب وهكذا ذكره في قاضيخان حيث قال ولو شهد
عند المرأة واحد بموت زوجها او بردته او بطلاقها حل لها ان تتزوج ولم يقيدوا
بالعدل كما قيده في الذخيرة فانه قال اذا غاب الرجل عن امرأته فاخبرها عدل
ان زوجها طلقها ثلاثا او مات عنها فلها ان تعتد وتتزوج وان كان المخبر فاسقا
تحرت وفي اخبار العدل بالموت انما تعتمد على خبره اذا قال عاينته ميتا او شهدت
جنازته اما اذا قال اخبرني مخبر بذلك لا تعتمد على خبره وسياتي تفصيل هذا
ان شاء الله تعالى الخامس والسادس والسابع في حرمة المصاهرة والايلاء

والظهار ففي العمادي والفصولين ايضا الشهادة على هذه الثلاثة تقبل بلا دعوى
بشرط ان يكون المشهود عليه حاضرا وقيل لا تقبل بدون الدعوى في الايلاء
والظهار والثامن في هلال رمضان ففي العمادي والفتاوى الشهادة القائمة على
هلال رمضان تقبل بدون الدعوى عندهما وعند ح ينبغي ان يشترط الدعوى
وهل يشترط لفظ الشهادة ذكر السرخسي انه لا يشترط وذكر خواهر زاده انه
يشترط وفي شهادة الفطر والاضحى يعتبر لفظ الشهادة وهل يشترط الدعوى
في شهادة العيدين وفي فتاوى رشيد الدين لا تقبل الشهادة في عيد
الفطر بدون الدعوى وفي عيد الاضحى اختلاف المشايخ لانه اجتمع فيه حق
الله وحق العبد فبعضهم قاسوه على هلال رمضان وبعضهم على عيد الفطر
التاسع في الحدود الخالصة لله تعالى ففي الاشباه تسمع الشهادة بدون
الدعوى في الحدود الخالصة لله تعالى العاشر في الخلع ففي القنية الشهادة
على الخلع بدون دعوى المرأة مقبولة كما في الطلاق وعتاق الامة ويسقط
المهر عن ذمة الزوج ويدخل المال في هذه الشهادة تبعا انتهى قال في شرح ابن
وهبان وهذه اتفاقية الحادي عشر في النكاح ففي الاشباه والنكاح يثبت
بدون الدعوى كالطلاق لان حل الفرج والحرمة فيه حق الله تعالى فجاز ثبوته
من غير دعوى كذا في فروق الكرابيسي انتهى الا ان يقوم الحق بغيره فانه يسعه
الامتناع عن الشهادة لعدم الكتمان لعدم تعينه لها وسترها في الحدود توقيا
عن هتك عرض المؤمن حسبة لله افضل من ان يشهد حسبة لله ليقام عليه
حدود الله تعالى لقوله عم الصلوة لمن يشهد عنده بالحد لو سترته بثوبك لكان خيرا
لك ولان حرمة الستر والكتمان عند خوف فوات حق المحتاج الى الاموال والله تعالى
غني عن العالمين وليس ثمه خوف فوات الحق فبقي صيانة عرض اخيه المؤمن ولا شك
انه افضل فان قيل كل من هذين الوجهين معارض لاطلاق قوله تعالى ولا يأبى
الشهداء اذا ما دعوا الاية واعمالها نسخ لاطلاق الكتاب وهو لا يجوز بخبر الواحد
ولا بالعقل اجيب بان الاية محمولة على الدين لنزولها فيه ورد بان الاعتبار لعموم
اللفظ لا لخصوص السبب والحق في الجواب ان يقال ان الحديث المذكور وان كان

خبر واحد الا ان القدر المشترك فيما نقل عن النبي عم واصحابه في متون ذلك الحديث
في حق الستر ودرء الحدود متواتر المعنى فجازت الزيادة به على اطلاق الكتاب
فزدنا به لا بالعقل ويقول في السرقة اخذ احياء لحق المسروق منه لا سرق
محافظة على الستر ولانه لو اظهر السرقة لوجب القطع حقا لله تعالى والضمان
لا يجامع القطع فيلزم تضييع حق العبد المحتاج واظهار حق الغني المطلق وذلك لا يجوز
فتعين الشهادة على المال دون السرقة وشرط للزنا اربعة رجال واعلم ان
الشهادة على مراتب على ما علم الله فيها من الحكمة منها الشهادة بالزنا شرط فيها
اربعة من الرجال عدول احرار مسلمين اما الاربعة والذكورة فلقوله تعالى
واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى
ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولفظ اربعة نص في العدد والذكورة فان قيل
المفهوم ليس بحجة عندنا في الروايات فكيف يستدل بهذه الاية على عدم جواز
ما دون الاربعة والنساء وهل هذا الا الاخذ بالمفهوم اجيب عنه بان ذلك
علم بالاجماع لا بالمفهوم فان قيل يعارض ما تلوتم قوله تعالى فاستشهدوا شهيدين
اجيب عنه بان ما تلونا مانعة وهذه الاية مبيحة اذا تعارض المانع مع المبيح
فالمانع مقدم فان قيل لا نم انه مانع وانما المانع هو الاجماع والا لزم العمل
بالمفهوم قلنا نعم الا انه لما لم يخالف هذا الاجماع جعلناه مانعا وقد يستدل
على اشتراط الذكورة بان في شهادة النساء شبهة البدلية لقيامها مقام
شهادة الرجل في غير الحدود والحدود مما يندرئ بالشبهات فلا يصلح الشهادة
فيها واما اشتراط العدالة والحرية والاسلام فقد تقدم في باب الزنا وسيأتي
من بعد ومنها الشهادة للقصاص وبقية الحدود واليه اشار بقوله وللقصاص
وبقية الحدود كحد الشرب والسرقة والقذف رجلان لقوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم وهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ الا ان باب
الزنا خرج عن عمومها بما تلوناه من قبل في الزنا من شبهة البدلية فيها ومنها ما
يكفي فيه شهادة امرأة واحدة واليه اشار بقوله وللولادة والبكارة وعيوب
النساء مما لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة والاصل فيه قوله عم شهادة النساء

جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه لان الجمع المحلى باللام يراد به الجنس اذا لم يكن
ثمه معهود فيتناول الواحدة وهذا حجة على الشافعي في اشتراطه اربعا من النساء
بناء على ان كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد في الشهادة وهذا لانه رأى
في مقابلة النص غير معتبر ولنا ايضا ان الذكورة لما سقطت بالاتفاق
ليخف النظر فيهن لان نظر الجنس الى الجنس اخف فكذا سقط اعتبار العدد ايضا
الا ان المثنى والثلث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم قبول شهادة الواحدة في
حق الولادة قد مضت في ثبوت النسب واما في البكارة فان شهدت انها بكر
يؤجل في العنين سنة ثم يفرق لان شهادتها تأيدت بمؤيد وهو البكارة
لانها الاصل فيصلح مؤيدا وكذا في رد الجارية المبيعة بشرط البكارة ان قلن انها
بكر يسلم الى المشتري بلا يمين على البايع وان قلن انها ثيب يحلف البايع لينضم نكوله
الى قولهن لان الفسخ قوي وشهادتهن ضعيفة ولم يتأيد بمؤيد فيحلف بعد
القبض بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر وقبله بالله لقد بعتها وهي بكر
فان حلف لزم المشتري وان نكل رد عليه فان قيل شهادتهن حجة فيما لا يطلع
عليه الرجال لما روينا فيجب الرد بقولهن والتحليف ترك العمل بالحديث قلنا ثبت
بقولهن العيب وولاية التحليف للمشتري وعمل بالحديث ثم يحلف البايع على انه
لم يكن بها ذلك العيب في الوقت الذي كانت في يده وهل تقبل شهادة رجل
في الولادة ونحوها مما لا يطلع عليه الرجال ففي البزازية والاصح انه تقبل
ايضا ويحمل على وقوع النظر لا عن قصد او عن قصد ليتحمل الشهادة كما في
الزنا وفي البحر اشار بقوله مما لا يطلع عليه الرجال الى ان الرجل لو شهد
فيها لا تقبل شهادته لكنه ليس بمطلق بل فيما اذا قال تعمدت النظر اما اذا شهد
بالولادة ونحوها وقال فاجأتها فاتفق نظري عليها تقبل شهادته عليها
اذا كان عدلا وهل تقبل شهادة الكافرة والمملوكة مثل الحرة ففي البحر عزوا
الى الخزانة الاكمل لا تقبل وهل تقبل شهادة الاخرس باشارته المعهودة
ففي احكام الاشارة من الاشباه انها لا تقبل وكذا اي تقبل شهادة الواحدة
لاستهلال المولود في حق الصلوة اي على المولود لانها من الامور الدينية

وشهادتهن حجة فيها كشهادتهن على هلال رمضان ولم ار صريحا الا في حق الارث
لان الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما لا يطلع عليه الرجال
فلا يقبل فيه شهادة النساء وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت
عند الولادة والرجال لا يحضرها عادة فصار كشهادتها على نفس الولادة
والجواب ان المعتبر في ذلك امكان الاطلاع ولا شك في امكانه ومنها ما
يكفي فيه رجلان او رجل وامرأتان وهو فيما سوى المراتب الثلاثة واليه
اشار بقوله ولغيره ذلك اي وشرط في الشهادة لغير تلك المراتب رجلان
او رجل وامرأتان مالا كان او غير مال كالنكاح والرضاع والطلاق والوصية
وكذا العتاق وفسر الوصية في العناية بالوصاية وعلله بانه في تعداد
غير المال ثم الاصل ههنا قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان
وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها
كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار ولان الاصل عدم
قبول شهادتهن لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية ولهذا
لا تقبل في الحدود شهادة الاربع وحدهن الا انها قبلت في الاموال
لضرورة احياء حقوق العباد والنكاح والطلاق والعتق اعظم خطرا
واقل وجودا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا قلنا ان الاصل فيها
القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية قبول الشهادة وهو المشاهدة والضبط
والاداء الذي يحصل به علم القاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار والاحاديث
وقوله لنقصان العقل قلنا قد تقرر ان للنفس الناطقة اربع مراتب الاولى
العقل الهيولاني وهي مرتبة الاستعداد المحض وهي حاصلة لجميع احاد
الانسان في مبدأ الفطرة والثانية العقل بالملكة وهي مرتبة تحصيل
البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات فيتهيأ بها لاكتساب النظريات
بالفكر والثالثة العقل بالفعل وهي مرتبة تحصيل النظريات المفروغ عنها
متى شاء من غير افتقار الى كسب جديد والرابعة العقل المستفاد وهي
مرتبة استحضار النظريات بالفعل اذا عرفت هذا فمناط التكليف من هذه

المراتب هي المرتبة الثانية وليس للنساء النقصان في هذه المرتبة والا لكان مكلفات
دون تكليف الرجال في اركان الاسلام وليس كذلك والمراد بقوله عم ناقصات
عقل هو الفعل ولذلك لم يصلحن للولاية والخلافة والامارة والنقصان في
هذه المرتبة لا يضر قبول شهادتهن لان مبناها ليس هذه المرتبة بل المرتبة الثانية
وقوله واختلاط الضبط قلنا مم ولو سلم فقد انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد
ذلك الا شبهة البدلية فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات وتقبل فيما يثبت بها
وشرط للكل اي لكل من الانواع الاربعة المذكورة اعني قوله وشرط للزنا الى
قوله والطلاق والوصية عليها في البحر حيث قال اي وشرط لجميع انواعها العدالة
والحرية ولفظة الشهادة اي لفظ اشهد بصيغة المضارع فلا يقوم غيره مقامه
قال وقد افاد انه لا بد من لفظة الشهادة في شهادة النساء ايضا وهو المعتمد
خلافا للعراقيين لانهم يجعلونها من باب الاخبار لا الشهادة والصحيح هو الاول
لانها شهادة تشترط فيها الحرية والاسلام حتى لا يقبل شهادة الكافر والمملوك
ومجلس القاضي ايضا الحرية اذ لا ولاية للرقيق والشهادة تستدعي الولاية
والاسلام لعدم الولاية للكافر فلا يجوز شهادة الكافر على المسلم الا في الوصاية
والنسب فانه اذا ادعى مسلم او كافر الايصاء من كافر واقام شاهدين كافرين
على مسلم تقبل او ادعى الكافر ان فلان بن فلان الكافر مات وانا وارثه
واحضر مسلما واقام عليه شاهدين كافرين ان لمورثه الميت دينا عليه
تقبل شهادتهما عليه في الاستحسان فان قيل لا يصح حصر الاستثناء على
المسئلتين اذ قد صرحوا ان شهادة الكافر على عبد كافر مولاه مسلم وعلى
حر كافر موكله مسلم مقبولة والشهادة على العبد والوكيل هو الشهادة على
المولى والموكل فتكون هذه الشهادة شهادة الكافر على المسلم قلنا انما تصير
شهادة عليه ضمنا لا قصدا وبالذات لان الشهادة شهادة الكافر على المسلم
بالقصد على العبد والوكيل الكافرين ولا معتبر للضمنيات في الشرع على ما
صرح به في الدرر قال في التاتارخانية اذا شهد شاهدان من اهل الكفر على
شهادة شاهدين من اهل الاسلام على كافر لا تقبل شهادتهما انتهى وهذا لان

هذه

هذه شهادة الذمي على المسلم قصدا والعدالة وهي كون حسناته اكثر من سيئاته
بتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الاصرار على الصغائر وذلك لقوله تعالى
ممن ترضون من الشهداء والفاسق لا يكون مرضيا ولقوله تعالى واشهدوا ذوي
عدل منكم ولان من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه فقد يتعاطى الكذب
ايضا فلا يؤتمن وعن ابي يوسف قبول شهادة الفاسق اذا كان ذا قدر ومروة
والاول اصح لان قبولها اكرام للفاسق ونحن امرنا بالاهانة له ومع هذا
لو قضى القاضي بشهادة الفاسق صح عندنا كذا في العناية والخلاصة وغيرها
وهل يشترط العدالة في شهادة الذمي فقال في التاتارخانية نقلا عن التجريد
شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة اذا كانوا عدولا في دينهم انتهى
واعلم ان شرط الشهادة على نوعين على ما ذكره في البدايع واستحسنه في
البحر ما هو شرط تحملها وما هو شرط ادائها فالاول ثلاثة العقل والمعاينة والبصر
وقت التحمل فلا يصح تحملها من مجنون وصبي لا يعقل ومن اعمى ولا ممن لم يعاين
المشهود به بل يسمعه الا في مواضع مخصوصة يصح الشهادة فيها بالتسامع
على ما سياتي ذكرها ولا يشترط للتحمل بالبلوغ والحرية والاسلام والعدالة
حتى لو كان وقت التحمل صبيا عاقلا او عبدا او كافرا او فاسقا ثم بلغ الصبي وعتق العبد
واسلم الكافر وتاب الفاسق فشهدوا عند القاضي تقبل واما شرائط ادائها
فاربعة انواع منها ما يرجع الى الشاهد ومنها ما يرجع الى نفس الشهادة ومنها
ما يرجع الى مكانه ومنها ما يرجع الى المشهود به فما يرجع الى نفس الشاهد البلوغ
والحرية والبصر والنطق والعدالة لكن هي شرط وجوب القبول على القاضي لا جوازه
وان لا يكون محدودا في قذف وان لا يجر الشاهد الى نفسه نفعا ولا يدفع
عن نفسه مغرما وان لا يكون خصما وان يكون عالما بالمشهود به وقت الاداء
ذاكرا له فلا يجوز اعتماده على خطه من غير تذكر له عنده خلافا لهما وما يرجع
الى نفس الشهادة ثلاثة المذكورة في الشهادة للحد والقصاص وتقدم الدعوى
فيما كان من حقوق العباد وموافقتها للدعوى فيما شرط فيه الدعوى فان خالفها
لم تقبل الا ان وفق وما يرجع الى مكان واحد وهو مجلس القاضي فما ذكره المص

هومن شروط الاداء لامن شروط التحمل ولفظ الشهادة بان قال اشهد بصيغة المضارع
على ما في البحر والاصل فيه ما تلوناه من النصوص ولان في لفظ الشهادة بزيادة
تاكيد لدلالتها على المشاهدة وهذا ايضا من شروط صحة الاداء على ما صرح به في
البحر وغيره بل لفظ الشهادة من اركانها فعده ههنا من شروط مسامحة و في
البحر ولا بد ههنا من شرط اخر بجميع انواع الشهادة وهو التفسير حتى لو قال اشهد مثل
شهادته لا تقبل ولو قال اشهد مثل شهادة صاحبي لا تقبل عند الخصاف وعند
عامة مشايخنا تقبل فلا يصح اي اذا اشترط لفظ الشهادة لا تصح الشهادة لو قال
الشاهد عند الشهادة اعلم او اتيقن اي لا تصح في تلك الحادثة في ذلك الوقت
على ما في العناية وعن العراقيين ان لفظ الشهادة ليس بشرط فتصح باعلم او
اتيقن عندهم والصحيح هو الاول على ما في الهداية لما ذكرناه ولا يسال قاض عن
شاهد بلا طعن الخصم بل يقتصر على ظاهر العدالة قال ابو ح يقتصر القاضي
على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسال عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله عم
المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف وروي مثل ذلك عن عمر
ايضا ولان الظاهر الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية فان قيل الظاهر
يكفي للدفع لا للاستحقاق وهنا يثبت المدعي استحقاق المدعى به باقامة البينة
اجيب عنه بانه لو لم يكتف بالظاهر لاحتيج الى التزكية وقبول قول المزكي في التعديل
ايضا عمل بالظاهر لان الظاهر ان قول المزكي صدق فالكلام فيه كالاول وهلم جرا
و تدور او يتسلسل وقد يقال ان الظاهر هنا اعتبر للدفع لا للاستحقاق لان
دعوى المدعي وانكار الخصم تعارضا وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك
تعارض وبظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة فكان دافعا الا في الحدود
والقود لانها ما يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء وفيها لاحتيال الاندراء
واما اذا طعن الخصم فيسال كما في الحدود والقصاص ولا يكتفى بظاهر العدالة حينئذ
اتفاقا لان ظاهر عدالة الشهود معارض بظاهر حال الكذب لان الظاهر ان المسلم
لا يكذب مسلما لاجل حطام الدنيا فيحتاج القاضي الى الترجيح فيسال عنه وعندهما
يسال في سائر الحقوق اي في جميعها سرا وعلنا وبه يفتى في زماننا لان منع

القضاء على الحجة وهي بشهادة العدول فلا بد من التعرف عنها العدالة على ان في
السؤال صونا للقضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا او كفارا
وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لان ابا ح اجاز في زمانه وكان الغالب في
زمانه العدل وهما في زمانهما وهو زمان نشو الفساد حتى لو شاهد ابو ح لقال
بقولهما ولذا قال في زماننا فان قيل هل سؤال القاضي شرط لصحة الشهادة
قلت لا لما في البحر ان السؤال ليس بشرط صحة عندهما مستدلا بقول ابي يوسف
لو قضى القاضي بغير تزكية الشهود اجزأت وقال في قاضيخان لا يقضي القاضي
بظاهر العدالة في قول ابي يوسف ومحمد ويسأل عن الشهود وطعن الخصم في
الشهود او لم يطعن وقال ابو ح ان كان المدعى به حقا يثبت مع الشبهات كان له
ان يقضي بظاهر العدالة ان لم يطعن الخصم في الشهود واذا طعن الخصم في
الشهود لا يقضي بظاهر العدالة في قولهم جميعا والفتوى على قولهما وكذلك
فيما لا يثبت مع الشبهات كالحدود والقصاص سال عن الشهود في قولهم
وان لم يطعن الخصم انتهى وليس مراده انه لو حكم بظاهر العدالة لا ينفذ لما ذكرناه
عن ابي يوسف نقلا عن البحر من انه ينفذ وهل يحلف الشاهد ففي البحر والاشباه
نقلا عن تهذيب القلانسي وفي زماننا لما تعذر التزكية لغلبة الفسق
اختار القضاة استحلاف الشهود كما اختار ابن ابي ليلى لحصول غلبة الظن
انتهى وفي الصيرفية يجوز تحليف الشاهد ان راه القاضي وفي الاشباه
نقلا عن مناقب الكردري اعلم ان تحليف المدعي والشاهد امر منسوخ باطل
والعمل بالمنسوخ حرام وقد ذكر في فتاوى القاعدي وخزانة المفتين
ان السلطان اذا امر قضاته بتحليف الشهود يجب على العلماء ان ينصحوا السلطان
ويقولوا له لا تكلف قضاتك امرا ان اطاعوك يلزم سخط الخالق وان عصوك
يلزم منه سخطا سخطك انتهى وذكر في الخلاصة والبزازية انه لا يمين على
الشاهد وحمله ابن نجيم في البحر على ما كان عند ظهور عدالته واما عند خفاء
عدالته فينبغي ان يستحلف خصوصا في زماننا ان الشاهد مجهول الحال
وكذا المزكي غالبا والمجهول لا يعرف المجهول ثم المراد بالسؤال عن الشهود هو السؤال

عن عدالتهم لا عن حريتهم واسلامهم ما لم ينازع الخصم في حريتهم واسلامهم لان
الاصل في دار الاسلام هو الحرية والاسلام واما ما ذكره في الجامع والقنية
وغيرهما من ان الناس احرار الا في الشهادة والحدود والقصاص والقتل
فانه لا يكتفى بظاهر الحرية في هذه المواضع بل يسأل عنه انتهى فمحمول على ما اذا طعن
الخصم بالرق والكفر كذا في البحر وصرح به في القنية ايضا وفي الخلاصة
نقلا عن شهادات النوازل للخصم ان يطعن الشاهد بثلاثة اشياء ان يقول
هما عبدان او محدودان في قذف او شريكان فاذا قال هما عبدان يقال
للشاهدين اقيما البينة انكما حران واذا قال هما محدودان في قذف او شريكان
يقال للخصم اقم البينة انها كذلك ثم في الحرية اذا سأل القاضي عن الشهود فاخبر
المذكورون انهم احرار الاصل جازت شهادتهم ولا يشترط فيه لفظة الشهادة
اما اذا قال المزكون انهم عبيد فلان اعتقهم او قالت الشهود نحن موالي فلان اعتقنا
لا تقبل شهادتهم حتى يقيموا البينة على العتق انتهى اعلم ان التزكية على نوعين
تزكية في السر وتزكية في العلانية فالاولى ان يبعث القاضي الى المزكي رسولا
ويكتب اليه رقعة فيها اسماء الشهود وانسابهم وصفاتهم وسوقهم ان كان
سوقيا حتى يتعرف المزكي فيسأل عن جيرانهم واصدقائهم فمن عرف بالعدالة
يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي اليه عدل جائز الشهادة ومن عرف بالفسق
لا يكتب شيئا يسكت حذرا عن هتك السر او يقول والله اعلم الا اذا عدله غيره
او خاف انه لو لم يصرح بذلك يقضي القاضي بشهادته فيصرح بذلك ومن
لم يعرف عدالته وفسقه يكتب تحت اسمه مستور والثانية ان يجمع الحاكم بين
المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته مشيرا الى الشاهد لينتفي
شبهة تعديل غيره كذا في العناية والخلاصة نقلا عن القاضي الامام ويجزي
الاكتفاء بالسر لان التزكية بالعلانية بلاء وفتنة على ما روي عن محمد و
قد روي ان التزكية بالعلانية وحدها كانت في زمن الصحابة لان القوم
كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقابلتهم الجارح بالاذى
فلذا قال محمد يكتفى بالسر لان العلانية بلاء وفتنة ويكتفى في التزكية هو عدل

في الاصح لان الحرية والاسلام ثابتان بالدار لان كل من نشأ في دار الاسلام
كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام فلا يحتاج الى الزيادة ولهذا لا يسأل
القاضي عن حريته واسلامه ما لم يطعن الخصم في حريته واسلامه بالرق
والكفر بل انما يسأل عن عدالته وقيل لا بد من قوله عدل جائز الشهادة لان
العبد قد يعدل قال في قاضيخان المزكي اذا سأل عن الشهود وعرفهم بالعدالة
فاراد التعديل روي عن محمد انه يقول هذا عندي عدل مرضي جائز الشهادة
وبه اخذ بعض المشايخ وقال بعضهم هذا اللفظ لا يكون تعديلا لان قوله
لفظ موهم فلا يكون تعديلا الا ترى ان الشاهد لو قال الحق عندي لهذا المدعي
يكون ذلك باطلا فكذا في التعديل وقال بعضهم هذا اللفظ في التعديل
لا يوجب خللا ولو قال المعدل لا اعلم فيه الا خيرا يكون ذلك تعديلا وقال
بعضهم يحتاج في التعديل الى خمسة الفاظ وهو عدل مرضي جائز الشهادة
صالح مقبول القول لي وعلي وقال بعضهم اذا قال هو عدل جائز الشهادة
يكون عدلا وعليه الاعتماد انتهى وما ذكره المص من قوله هو عدل فقط
ذكره صاحب الهداية وصححه وقال السرخسي انه لا يكتفى بقوله هو عدل
لان المحدود في قذف بعد التوبة عدل غير جائز الشهادة وكذا الاب
اذا شهد لابنه فلا بد من زيادة جائز الشهادة هكذا ذكره في البحر وقال
وينبغي ترجيحه ولا يصح تعديل الخصم اي المدعى عليه بقوله هو عدل لكن
اخطأ او نسي لانه في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل
في اصراره فلا يصلح معدلا لاشتراط العدالة في المزكي بالاتفاق وعن
ابي يوسف ومحمد انه يصح تعديل الخصم بما ذكر لكن عند محمد يضم تزكية
اخرى الى تزكيته بناء على ان العدد شرط عنده كذا في الهداية وقال في
العناية هذا اذا كان الخصم عدلا يصلح مزكيا فان كان فاسقا او مستورا او
سكت عن جواب المدعي ولم يجحد فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا يصح بالاتفاق
لاشتراط العدالة في المزكي اتفاقا انتهى فان قال الخصم هو عدل صدق
على صفة المعلوم يثبت الحق لانه اعترف بالحق وكذا لو قال هم عدول صدقة

على ما في الهداية قال في قاضيخان ان لم يطعن الخصم في الشهود بل عدلهم فهو
على وجوه ثلثة ان قال هم عدول صدقوا فيما شهدوا علي او قال هم عدول
جائز شهادتهم لي وعلي او قال هم عدول ولم يزد ففي الوجه الاول والثاني
القاضي يقضي عليه بدعوى المدعي ولا يسأل عن الشهود لانه اقر بالحق
وان قال هم عدول ولم يزد وهو الوجه الثالث او قال عدول الا انهم اخطاؤا
في الشهادة فهذا على وجهين اما ان كان المدعى عليه عدلا يصلح للتزكية
او غير عدل لا يصلح للتزكية بان كان مستورا او فاسقا فان كان عدلا يصلح
للتزكية ينظر ان كان المدعى عليه لم يجحد دعوى المدعي عند الجواب بل سكت
حتى شهد الشهود ثم قال عدول قال ابو ح وابو يوسف القاضي يقضي للمدعي
بشهادتهم ولا يسال عنه سواء كان المدعى به حقا يثبت مع الشبهات
او لا يثبت معها وقال محمد القاضي لا يقضي قبل السؤال بل يسأل عنهم لان
عنده وان كان قول الخصم تعديلا فالعدد في المزكي شرط عنده وعندهما
لا يشترط العدد وان كان المدعى عليه جحد دعوى المدعي عند الدعوى
فلما شهد عليه الشهود قال هم عدول ففي بعض الروايات جعل هذا على الخلاف
الذي تقدم عندهما يقضي القاضي من غير سؤال وعند محمد لا يقضي ما لم يسال
عن غيره وذكر في الجامع الصغير ان في هذا الوجه لا يصح تعديل الخصم في
قول ابي يوسف ومحمد ويكون تعديله بمنزلة العدم وفي بعض الروايات
عن محمد في هذا الوجه يقول القاضي للخصم ماذا تقول فيهم اصدقوا في الشهادة
ام كذبوا ان قال صدقوا فقد اقر على نفسه بما ادعى المدعي وان قال كذبوا
لا يقضي هذا اذا كان المدعى عليه عدلا وان كان فاسقا او مستورا لا يصح
تعديله ولا يقضي القاضي ولا يجعل قول الخصم هم عدول اقرارا على نفسه
بالحق كما لو شهد عليه شاهد واحد فقال المدعى عليه هو عدل لا يكون قوله
اقرارا فكذلك ههنا بخلاف ما لو قال هم عدول صدقوا فان ذلك يكون
اقرارا واذا لم يصح تعديله اذا كان فاسقا او مستورا يسال له القاضي اصدق
الشهود ام كذبوا فان قال صدقوا كان ذلك اقرارا فيقضي القاضي باقراره

وان قال كذبوا لا يقضي انتهى ويكفي الواحد لتزكية السر ولا يكفي في العلانية بل لا بد
في المزكي فيها من العدد على ما صرح به في الخلاصة معللا بانها في معنى الشهادة
ولهذا لا يصح ممن هو ليس باهل للشهادة وان كان عدلا انتهى وقال في الهداية
ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا لمولاه
وغيره واما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف
لاختصاصها بمجلس القضاء انتهى واعترض عليه في العناية بان اشتراط العدد
في تزكية العلانية ينافي عدم اشتراط ذلك في تزكية السر لان المزكي في
السر هو المزكي في العلانية فيجوز ان يكون العدد شرطا في احديهما دون
الاخر انتهى قلت الظاهر ان السؤال مبني على مذهبنا فان عندنا المزكي في السر
هو المزكي في العلانية على ما صرح به في الخلاصة حيث قال واما عندنا
فالذي يزكيهم في السر يزكيهم في العلانية فلا يستقيم الجواب بمذهب الخصاف
لعدم المقابلة تامل اطلق الواحد فشمل العبد والمرأة والاعمى والمحدود في
القذف اذا تاب والصبي واحد الزوجين للاخر والولد لوالده وعكسه والعبد
لمولاه وعكسه فان الكل يصلح لتزكية السر على ما في البحر وخرج من كلامه
تزكية الشاهد لحد الزنا فانه لا بد في المزكي فيها من اهلية الشهادة وكذا
في المزكي في باقي الحدود احتياطا لا في الدراء والترجمة اطلقه فشمل الترجمة
عن الشهود وعن المدعي وعن المدعى عليه على ما في البحر وخصه في الزيلعي
بالترجمة على الشهود والظاهر الاول يعني يكفي الواحد في الترجمة عن هذه
الثلثة كما يكفي في تزكية الشهود بلا فرق وفي بينهما فرق من وجه اخر
فان الترجمان اذا كان اعمى لا يصح عند ابي ح ويصح عند ابي يوسف على ما صرح
به في الخلاصة ويصح في المزكي وكذا لا يجوز ان يكون الترجمان امرأة
على ما صرح به في البحر نقلا عن الخزانة ويجوز في التزكية وقال في قاضيخان
ان الشاهد اذا كان اعجميا لا بد ان يكون المترجم عنه اثنان عند محمد ولا يكفي
الواحد ويكفي عند ابي ح وابي يوسف والرسالة الى المزكي وكذا يكفي الواحد
في رسول المزكي الى القاضي والاثنان اي في كل من تزكية السر والترجمة

والرسالة لحوط عند ابح وابي يوسف هذا ما قاله في الخلاصة ثم تزكية السر
اذا احتاط القاضي على قولها واراد ان يسال غير المزكي الاول فانه يفعل
مع الثاني كما فعل مع الاول ولا يعلمه انه سأل عن حالهم من غيره وانما قلنا
عند الامامين لان الاثنين شرط عند محمد لا عل بالاحتياط ولهذا قال
و وعند محمد لابد من الاثنين لان التزكية في معنى الشهادة فيشترط فيها
ما يشترط في الشهادة من العدد وغيره ولهما انها ليست في معنى الشهادة
حتى لا يشترط فيها لفظ الشهادة ومجلس القضاء ولو سلم ولكن اشتراط العدد
في الشهادة ثبت بالنص على خلاف القياس وليست في معناها حتى يلحق بها
دلالة ثم ان كان المزكي اثنين سواء كان لحينا لا او شرطا فعدل احدهما وجرح
الاخر قال ابوح وابو يوسف الجرح اولى لانه اعتمد على دليل غير ظاهر الحال
فكان الجرح اولى كما لو عدل اثنان وجرحه اثنان كان الجرح اولى في قولهم
وقال محمد اذا عدلهم واحد وجرحهم الاخر يتوقف ولا يقضي بشهادتهم
ولا يرد بل ينظر ان جرحهم اخر يثبت الجرح وان عدلهم اخر يثبت العدالة كذا في
قاضيخان ومنه ظهر ان ما في الخلاصة من قوله فان جرحه واحد وعدله اخر
تعارضا وصار كانه لم يسال احدا فان عدله الثالث كانت العدالة اولى وان جرحه
الثالث كان الجرح اولى انتهى ليس على اطلاقه بل محمول على قول محمد وقال في
قاضيخان ايضا جرحه واحد وعدله اثنان تثبت العدالة في قولهم لان قول
الاثنين حجة مطلقة في الاحكام بخلاف قول الواحد وان جرحهم اثنان
وعدلهم عشرة كان الجرح اولى لان قول الاثنين تساوي قول الجماعة كما في
دعوى الملك اذا اقام احد المدعيين اثنين والاخر عشرة لا يترجح صاحب العشرة
اذ لا يترجح بكثرة الادلة عندنا وانما الترجيح بقوتها على ما في الاصول ويشترط
الحرية في تزكية العلانية دون السر قال في الهداية قالوا ويشترط الاربعة
في تزكية شهود الزنا عند محمد وقال في قاضيخان اجمعوا على ان ما يشترط في
الشاهد من العدالة والبلوغ والحرية والبصر شرط ذلك في تزكية العلانية
ايضا فلا يصح تعديل الاعمى والصبي والمعتوه والفاسق في العلانية فصل

في

في بيان ما يتحمله الشاهد وهو على نوعين احدهما ما ثبت الحكم بنفسه من غير احتياج
الى الاشهاد ومعاينة السبب والثاني ما يحتاج الى الاشهاد فاشار الى الاول
بقوله ليشهد بكل ما سمعه من المسموعات اوراه من المبصرات كالبيع والاقرار
وحكم الحاكم والغصب والقتل وان وصاية لم يشهد على صيغة المجهول عليه
اي على كل منها لانه علم الحادثة على ما هو حقه فيجوز له الاداء لوجود الركن قال
عم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ويقول اشهد انه باعه او اقر به
او حكم او غصبه او قتله لا اشهدني لانه كذب لعدم الشهادة على ما هو الفرض
اعلم ان البيع يصلح ان يكون مثالا لكل من المسموع والمبصر وكذا الاقرار
اما البيع فانه ان عقداه بايجاب وقبول كان من المسموعات لانه كان
عبارة عن مجموع بعت واشتريت وهو لفظ مسموع وان عقداه بالتعاطي
بدون ايجاب وقبول كان من المبصرات واختلفوا هل يشهد في البيع بالتعاطي
بالبيع او الاخذ والتعاطي قيل بالبيع وقيل بالاخذ والتعاطي وفي البحر
نقلا عن البزازية انه يجوز كلاهما ثم قال ولا بد من بيان الثمن في الشهادة
على الشراء لان الحكم بالشراء بثمن مجهول لا يصح كذا في البزازية وفي الخلاصة رجل
حضر بيعا ثم احتيج الى الشهادة للمشتري يشهد له بالملك بسبب الشراء لا بالملك المطلق
وقيل انه يجوز والاول اصح لان الملك المطلق ملك من الاصل والملك بالشراء حادث
واما الاقرار فانه ان كان بالتلفظ فظاهر انه من المسموعات وان كان بالكتابة
فهو من المبصرات والدليل عليه ما ذكره في اقرار البزازية كتب كتابا فيه اقرار
بين يدي الشهود فهذا على اقسام الاول ان يكتب ولا يقول شيئا وانه لا يكون
اقرارا فلا يحل الشهادة بانه اقرار قال القاضي النسفي ان كتب مصدرا مرسوما
وعلم الشاهد حل له الشهادة على اقراره كما لو اقر كذلك وان لم يقل اشهد علي
به فعلى هذا اذا كتب للغائب على وجه الرسالة اما بعد فعلي لك كذا يكون اقرارا
لان الكتابة من الغائب كالخطاب من الحاضر فيكون متكلما والعامة على خلافه
لان الكتابة قد يكون للتجربة وفي حق الاخرس يشترط ان يكون معنونا مصدرا
وان لم يكن الى الغائب الثاني كتب وقرأ عند الشهود ولهم ان يشهدوا وان لم يقل

اشهد وابه على الثالث ان يكتب هو و يقرا عليه عند الشهود غيره و يقول الكاتب
هذا له اشهد واعلمه الرابع ان يكتب عندهم و يقول اشهد واعلمه بما فيه ان
علموا بما فيه كان اقرارا والا فلا انتهى و اما حكم الحاكم فيصح ايضا ان يكون
مثالا للمسموع و ذلك اذا كان بالقول وان يكون مثالا للمبصر اذا كان القضاء
بالفعل كتزويج الصغاير التي لا ولي لهم فانه حكم منه وكبيع مال اليتيم وشراؤه
له فانه حكم ايضا وكقسمة مال الميت فانه حكم ايضا على ما صرح به في اول قضاء
البحر واما الغصب والقتل فلا يكونان الا من المبصرات وما ذكر في حواشي
الهداية من ان البيع والاقرار وحكم الحاكم من المسموعات لا من المبصرات ليس
على ما ينبغي ثم اعلم انه اذا سمع ما كان من المسموعات من اقرار وغيره من وراء
حجاب يحجب عن رؤية شخص المقر هل يجوز له ان يشهد ففي الهداية لا يجوز ولو
فسر للقاضي وقال اشهد بالسماع من وراء الحجاب لا يقبله لان النغمة وهي
الكلام الخفي تشبه النغمة والمشبه لا يفيد العلم فلا يجوز لانتفاء المجوز الا
اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت
مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه و شهد عنده اثنان بانها فلانة بنت
فلان فانه جاز له ان يشهد وكذا اذا راى شخص المقر حال الاقرار لرقة الحجاب
وليست رؤية الوجه شرطا لانه حصل العلم في هذه الصورة كذا في العناية
عزوا الى الذخيرة وفي الخلاصة عزوا الى النوازل بالشهادة على امراة لا يعرفها
وهي متنقبة سال محمد بن الحسن ابا سليمان الجوزجاني عن هذه المسئلة
قال لا يجوز حتى شهد عنده جماعة انها فلانة اما عند ابي يوسف وعند ابيك
فيجوز اذا شهد عنده عدلان انها فلانة وهل يشترط رؤية وجهها اختلف
المشايخ فيه منهم من لم يشترط واليه مال الامام خواهر زاده وفي النوازل قال
يشترط رؤية شخصها وفي الجامع الصغير يشترط رؤية وجهها قال
ورايت الامام حالي امرها بكشف الوجه و امرني بالخروج وفي المنتقى لو تحمل رجل
الشهادة على امراة ثم انها ماتت ثم شهد رجلان عنده ان المقرة فلانة جاز
له ان يشهد عليها الكل في الخلاصة ثم نقل فيها عن الخصاف المسئلة التي ذكرها

صاحب

صاحب الهداية بطريق الاستثناء على ما نقلناه عنه انفا اعني ان رجلا كان دخل
البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه الخ ثم نقل عن العيون لو ان رجلا خبا قوما
لرجل ثم ساله عن شيء فاقر به وهم يرونه و يسمعون كلامه ولا يراهم هو جازت
شهادتهم وان سمعوا كلامه ولم يروه لا يجوز قال وهذا يؤيد ما اختاره الامام
خالي وفي شهادات البزازية نقلا عن المحيط شهدا على امراة سمياها ونسباها
وكانت حاضرة فقال القاضي اتعرفانها فقالا لا تقبل شهادتهما ولو قالا تحملنا
على المسماة بفلانة بنت فلان الفلانية ولكن لا ندري انها هي ام لا صحت الشهادة
وكلف المدعي ان ياتي باخرين يشهدان انها فلانة بنت فلان الفلانية بخلاف
الاول لانهما ثمة اقرا بالجهالة فبطلت الشهادة ولا يشهد على شهادة غيره اذا سمع
اداها او اشهاد الغير عليها اي على الشهادة ما لم يشهد هو عليها هذا شروع في
بيان النوع الثاني اعني ما يحتاج في الشهادة الى الاشهاد يعني اذا سمع شاهدا
يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته ما لم يشهده على شهادته لان شهادة الاصول
لا توجب الحكم بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضاء ولا يكون النقل الا بالانابة
عند محمد لانه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل الا بامر الموكل او بالتحمل عند الح
وابي يوسف فانهما لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحميل ولا تحمل بدون
التحميل ولا تحميل بدون الاشهاد وكذا اذا سمع الشاهد انه اشهد شاهدا على
شهادته لم يجز له ان يشهد لانه ما حمله وانما احمل غيره كذا في العناية واعلم
ان الظاهر من قول المص هنا ما لم يشهد به عليها الا ان مجرد الاشهاد كاف في الشهادة
بلا حاجة الى امر اخر لكن لا بد فيها بعد الاشهاد والتحميل من امرين اخرين احدها
يقبل التحميل ولا يرده حتى لو اشهده عليها وقال هو لا اقبل لا يصير شاهدا ولو شهد
بعد ذلك لا تقبل شهادته كما في القنية والبحر ثم قال في البحر ينبغي ان يكون
هذا على قول محمد لانه توكيل عنده والوكيل ان لا يقبل الوكالة بل يردها لان
الوكالة مما يقبل الرد واما على قولهما فلا يرتد بالرد لانه تحميل عندهما والتحميل
لا يرتد بالرد انتهى قلت ينبغي ان يكون هذا فيما اذا تعين الشهادة لانه لا يقبل
الرد لافضائه الى اضاعة الحق واما اذا لم يتعين فيقبل الرد الثاني ان لا ينهاه الاصل

بعد التحمل عليها لما في الخلاصة لو حضر الاصلان ونهيا الفرع عن الشهادة صح النهي
عند عامة المشايخ وقال بعضهم لا يصح والاول اظهر انتهى ولا يعمل شاهد
ولا قاض ولا راو بخطه ما لم يتذكر الحادثة عند ابي ح وعندهما يجوز ان كان
الخط اي المكتوب الذي كتب فيه الشهادة او الحكم او السماع محفوظا في يده
اذا راى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة لا يحل له ان يشهد لان الخط يشبه
الخط والمشتبه لا يفيد العلم قيل هذا على قول ابي ح بناء على انه لا يعمل بالخط
ويشترط الحفظ ولهذا قلت روايته لاشتراطه في الرواية الحفظ ايضا من وقت
سماع الحديث الى وقت الاداء وعندهما يحل له ذلك رخصة واختاره المص
وقيل عدم حل الشهادة بدون تذكر الحادثة بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد
القاضي شهادة شهود شهد واعنده فاثبته في خريطته وجاء المشهود له
يطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم او وجد حكمه مكتوبا في خريطته وفي خريطته كذلك
فان ابا ح لا يرى جواز الحكم بذلك وصاحباه جوزاه لما ان القاضي لكثرة اشتغاله
يعجز عن ان يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل الوثوق بالكتاب اذا جاز له
الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه فاذا كان في خريطته تحت
ختمه فالظاهر انه لم يصل اليه يد مغيرة والقاضي مامور باتباع الظاهر ولا كذلك الشهادة
في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا الاختلاف اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه
الشهادة او اخبره قوم ممن يثق بهم انا شهدنا نحن وانت فانه لا يحل له بالاتفاق
وقيل لا يحل عند ابي ح ويحل عندهما كذا في العناية وقال في الخلاصة الشاهد
اذا راى خطه ولم يتذكر الحادثة هل يحل له ان يشهد ذكر في كتاب القضاء
وفي الفتاوى الصغرى لو تذكر انه كتب الشهادة ولم يتذكر انه شهد على المال
لا يشهد وعند محمد يسعه ان يشهد وفي ادب القاضي للخصاف فمن شرط
صحة الشهادة عند ابي ح ان يتذكر الحادثة والتاريخ والمال مبلغه وصفته
حتى اذا لم يتذكر شيئا منه وتيقن انه خطه وخاتمه لا ينبغي ان يشهد وان شهد
فهو شاهد زور وعند ابي يوسف اذا تيقن انه خطه وخاتمه وسعه ان يشهد
ولكن يشترط ان يكون الصك مستودعا ولم تتداوله الايدي ولم يكن في يد

صاحب الصك من الوقت الذي كتب اسمه ووضع خاتمه فان لم يكن ذلك لا يسعه
ان يشهد ولو شهد عند القاضي ينبغي ان يقبل لكن اذا راى الشاهد ينبغي ان يساله
ام تشهد عن علم ام تعتمد على الخط فان قال عن علم قبلت شهادته وان قال اعتمد
على الخط لا تقبل قال شمس الائمة الحلواني ينبغي ان يفتى بقول محمد انتهى وهكذا
في البزازية وهل تقبل شهادة القاضي بعد عزله على حكمه في زمان ولايته
قالوا لا تقبل لانها شهادة على فعله فلا يقبل الا ان شهد على نفس الحادثة لا
على حكمه بتلك الحادثة بان يقول اشهد ان هذه الحادثة كذلك ولا يقول
اني حكمت بتلك الحادثة في زمان ولايتي فيقبل على ما افتى به مشايخ الاسلام
ولا يشهد بما لم يعاينه لما مر من اشتراط العلم بالحادثة الا النسب فانه يجوز
الشهادة فيه بالتسامع صورته اذا سمع من الناس ان فلان بن فلان ابن فلان
الفلاني وسعه ان يشهد بذلك وان لم يعاين الولادة على فراشه الا ترى
انا نشهد ان ابا بكر الصديق رض عند ابن ابي قحافة وما راينا ابا قحافة والاصل
فيه ان النسب مما لا يطلع عليه الا الخواص وقد يتعلق به حكم يبقى على انقضاء
القرون كالارث فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع على ما هو القياس
لعدم المشاهدة فيها لادى الى تعطيل الحكم الشرعي فقلنا بالقبول استحسانا
وهل يلزم في قبوله عدم التفسير قالوا يلزم على ما سياتي وهل يلزم دعوى
المال اولا يلزم ففيه تفصيل ذكرناه في موضع اخر ولنذكر هنا ايضا
توضيحا له ففي دعوى النسب من دعوى البزازية ادعى على اخر انه اخوه لابويه ان ادعى
ارثا او نفقة وبرهن يقبل ويكون قضاء على الغائب ايضا حتى لو حضر الاب
وانكر لا يقبل ولا يحتاج الى اعادة البينة لانه لا يتوصل الا باثبات الحق على الغائب
وان لم يدع مالا بل ادعى الاخوة المجردة لا يقبل لان هذا في الحقيقة اثبات
البنوة على اب المدعى عليه وامه والخصم فيه هو الاب والام لا الاخ وكذا لو ادعى
انه ابن ابنه او ابو ابيه والابن والاب غائبا او ميت لا يصح ما لم يدع مالا فان ادعى
مالا فالحكم على الحاضر والغائب جميعا بخلاف ما اذا ادعى على رجل انه ابوه او
ابنه او على امراة انها زوجته او ادعت هي عليه انه زوجها او ادعى العبد على عربي

انه مولاه عتاقة او ادعى عربي على آخر انه معتقه او ادعت على رجل انها امته او كان
الدعوى في ولاء الموالاة وانكر المدعى عليه فبرهن المدعي على ما قال يقبل
ادعى به حقا او لا بخلاف دعوى الاخوة لانه دعوى على الغير الا يرى انه لو اقر
بانه ابوه او ابنه او زوجها او زوجته صح وبانه اخوه لا لكونه حمل النسب
على الغير وفي دعوى المراة على آخر انه ابنها ذكر في الاقضية انه يسمع وهو
استحسان وعن ابي يوسف وهو المروي في الفرائض عن محمد انه لا يصح وهو
القياس انتهى وهكذا في الخلاصة ايضا فظهر منه ان دعوى المال شرط في
الشهادة على النسب من جهة الاخوة وبنوة الابن وابوة الاب لا في الشهادة
على النسب من جهة الابوة والبنوة ولا في الشهادة على الزوجية من الطرفين
ولا في الشهادة على ولاء العتاقة من الطرفين ولا في دعوى المراة امومية الرجل
ولا في ولاء الموالات وفي دعوى المراة بنوة رجل خلاف كما ترى وهل دعوى
العمومة وبنوة الاخ وبنوة الاخت والخال مثل دعوى الاخوة في اشتراط
دعوى المال في الشهادة عليها او مثل دعوى الابوة والبنوة في عدم الاشتراط
ففي المحيط السرخسي ان دعوى الحق انما يشترط لصحة دعوى النسب فيما عدا الولاد
والولد نحو الاخ والعم واشباه ذلك وقال في الخانية نقلا عن العتابي ولو
ادعى انه اخوه او ابن اخيه او عمه او خاله او ابن ابنه او ابو ابيه فان ادعى عليه
حقا من ميراث او نفقة صح والا فلا انتهى فظهر منه ان هذه الدعاوى مثل
دعوى الاخوة وهل دعوى بنوة العم وبنوة الخال مثل دعوى الاخوة في اشتراط
دعوى المال او مثل دعوى الابوة في عدم اشتراطها ففي المحيط السرخسي والنصاب
ولو شهدوا ان زيدا اقر ان المدعي اخوه او ابن اخيه او ابن اخته او مولاه
فليس بشيء حتى يبينوا بخلاف ما لو شهدوا انه اقر انه ابن خاله او ابن عمه فان
الغالب في هذه النسب فيورث منه اذا لم يكن له وارث غيره انتهى فظهر منه
انها مما لا يشترط في الشهادة عليها دعوى المال اقول الحق يشترط فيها دعوى
المال لما سياتي بيانه في اقرار المريض وهل يشترط في دعوى العمومة
تفسير جهة العمومة وذكر لفظ الوراثة ففي العاشر من دعوى البزازية وفي دعوى

العمومة

العمومة لا بد من ان يفسر انه عمه لابيه وامه او لهما ويشترط ايضا ان يقول هو
وارثه لا وارث له غيره وكذا في الاخ والجد يلزم ان يقول لا وارث له غيره
وذكر في السادس من شهادات البزازية ايضا كل من لا يحجب حرمانا كالاب
والابن اذا ذكر انه ابوه او ابنه لا يشترط ان يقولوا هو وارثه وبه عليه الفتوى
وفي ذكر الاخوة والعمومة لا بد من ذكر لفظ الوراثة لاحتمال ان يكون رضاعا
او قبيلة او نسبا ولا بد ايضا انه لاب او لام او لهما وهل يشترط ذكر نسب الاب
والام الى الجد الاعلى في الشهادة على دعوى ابن العم ففي السادس من الفصولين
ادعى انه ابن عم الميت يحتاج الى ان يذكر نسبه الاب والام الى الجد ليصير
معلوما لان انتسابه بهذه النسبة ليس بثابت عند القاضي فيشترط البيان
ليعلم ادعى انه اخوه لابيه وامه وشهدوا ولم يذكروا اسم الام والجد لا تقبل
لعدم التعريف وقيل يقبل لانه ذكر محمد انه برهن انه اخوه لابيه وامه تقبل
ولم يشترط ذكر الجد شخ في الاخ لا يشترط ذكر اسم الجد وغيره اما لو ادعى
انه ابن عمه لا بد ان يذكر اسم ابيه وجده انتهى وذكر في معين المفتي انه يشترط
في دعوى بنوة العم ودعوى العمومة بيان النسب الى ان يلتقيا في الجد الاعلى
انتهى فعلم منه ان المراد بلفظ الجد في كلام الفصولين هو جد المتوفى لا جد مدعي
النسب لان الجد الاعلى للميت للمدعي هو جد المتوفى وهل يلزم ذكر الجد الاعلى
في دعوى النسب من جهة ذي الرحم ففي فتاوى مشايخ الاسلام انه يلزم فانه
ذكر في فتاوى شيخ الاسلام يحيى الكبير مات زيد وقبض تركته زوجته
هند مع ابن اخته ثم ظهرت خديجة وفاطمة وادعتا انهما بنتا اخ زيد المتوفى
وطلبتا حصة من التركة وانكر الزوجة وابن الاخت قرابتهما مع زيد فاشهدا فلا بد
في قبول الشهادة من ذكر جد المتوفى مع اخيه الذي هو اب خديجة وفاطمة
والا فلا تقبل شهادتهما هذه صورة الفتوى فلا شك ان جد المتوفى هو جد اعلى
للمدعيتين المذكورتين وهل تقبل الشهادة بالتسامع في الولاء مثل النسب ففي
الخلاصة واما الولاء فلا يشهد فيه وان كان مشهورا الا اذا كانت الورثة التي
اضافوا اليه الولاء يزعمون انه رفيق لهم وفي قول ابي يوسف اخرا وهو قول محمد

يجوز الشهادة فيه بالتسامع ولا يجوز بالتسامع على العتق والطلاق قال شمس الائمة
الحلواني هذا قولهما اما عند ابي يوسف يجوز كما في الولاء انتهى والموت وفي الخلاصة
واما الموت اذا سمع الناس يقولون ان فلانا مات او راهم صنعوا به كما يصنع بالموتى
يسعه ان يشهد على موته وان لم يعاين ذلك فانا نشهد ان رسول الله عم توفي ولم ندرك
وفاته وفي الموت مسئلة عجيبة وهي انه اذا لم يعاين الموت الا واحد لو شهد عند
القاضي لا يقضي بشهادته ماذا يصنع ذلك الواحد قالوا يخبر بذلك عدلا مثله
فاذا سمع منه حل له ان يشهد على موته فيشهد هو مع ذلك الشاهد فيقضي بشهادتهما
كذا في الخلاصة والبزازية وفيها ايضا واذا جاء خبر موت رجل من ارض اخرى
فصنع اهله ما يصنع بالموتى لم يسع لاحد ان يشهد على موته الا ان يشهد موته او سمع
ذلك ممن شهد موته وبعد ذلك لو شهدا عند القاضي وقالا نشهد ان فلانا مات
اخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما على البتات في الاصح والخصاف جوز ذلك
ايضا وفيه اختلاف المشايخ وكذلك لو قالا دفناه او شهدنا جنازته لان كلا من
الدفن وشهود الجنازة عيان على ما سيصرح به في الكتاب بقي الكلام في القتل
هل هو مثل الموت في الشهادة عليه ففي الخلاصة وبعض نسخ البزازية والقتل كالموت
وفي بعض النسخ الاخر للبزازية والموت كالقتل والصحيح ما في الخلاصة على ما صرح
به في البحر لكن يرد عليه ان الظاهر منه ان الشهادة على القتل بالتسامع جائز كما في
الموت وهو باطلاقه مشكل للفرق الظاهر بينهما لان القتل مما قد يترتب عليه القصاص
دون الموت وفي الشهادة بالتسامع شبهة فلا يثبت بها ما يندرئ بالشبهات
وهو القصاص اللهم الا ان يقال ان المراد بالتشبيه بالموت في حق جواز الاعتداد
يعني انها تعتد بخبر قتل زوجها وتتزوج بآخر كما في خبر موته ومن الفرق بين الموت
والقتل ما قالوا ان زمان القتل يدخل تحت الحكم وزمان الموت لا يدخل توضيحه
انه لو ادعى الابن ان امراة بينة ان اباه تزوجها في يوم كذا بعد ذلك اليوم الذي
وقته الابن للقتل فانه لا يقضي ببينة المراة لان وقت القتل يدخل في القضاء
لان المقتول يستحق حقا على القاتل بالقتل اما القصاص او الدية فاذا قضي بقتله
وبوجوب القصاص او الدية في ذلك الوقت لا تقبل البينة بعد ذلك بخلاف الموت

فان

فان الميت بموته لا يستحق شيئا على احد فلا يدخل وقته في القضاء واذا لم يدخل وقته
في القضاء لعدم تعلق الحكم به يبطل التاريخ بالموت حتى لو اقام الابن ان اباه
مات في يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا وترك ميراثا له واقامت امراة اباه تزوجها
بعد يوم فيها وقته الابن يقضي بالنكاح والصداق والميراث للمراة لبطلان تاريخ
الموت هذا واعلم انهم ذكروا في الفتاوى ان رجلا لو اخبر امراة رجل سمعت
من الناس ان زوجك فلانا مات جاز لها ان تتزوج باخر ان كان المخبر عدلا
فان تزوجت باخر بخبر العدل ثم اخبرها جماعة ان الزوج الاول حي ان صدقت
الاول فالنكاح الثاني صحيح على ما في الخلاصة والبزازية من فتاوى النسفي
لكن في المنتقى لم يشترط تصديق المراة بل شرط عدالة المخبر وفي النوازل ان كان
المخبر عدلا لكنه اعمى او محدود في قذف فهو جائز ثم اعلم انه لو اخبرها واحد
بموت زوجها الغائب واخبرها اثنان بحيوته ان كان المخبر بالموت شهد
انه عاين موته او شهد جنازته وكان عدلا ولم يورخا فشهادة الموت
اولى فلها ان تتزوج باخر بعد العدة ولو ارخا وتاريخ شاهد الحيوة موخر
فشهادة الحيوة اولى وههنا مسئلة غريبة ذكرها الامام السرخسي في المحيط
قال فيه اذا نعي الى المراة زوجها واعتدت عدة الوفاة وتزوجت بزوج اخر
وولدت من هذا الزوج الاخر ثم جاء الاول حيا اجمعوا على ان المراة ترد على
الاول واختلفوا في الاولاد قال ابو ح الاولاد للزوج الاول على كل حال
وقال ابو يوسف ومحمد اذا جاءت بالولد لاكثر من سنتين منذ دخل بها الزوج
الثاني الى سنتين قال ابو يوسف هو للثاني وقال محمد هو للاول وروى
الجرجاني عن ابي ح انه رجع عن هذا القول وقال الاولاد للثاني انتهى والنكاح
وفي الخلاصة اذا راى رجلا يدخل على امراة وسمع من الناس ان فلانة
زوجة فلان وسعه ان يشهد انها زوجته وان لم يعاين عقد النكاح الا ترى
انا نشهد ان عائشة زوجة رسول الله عم وان لم نعاين النكاح ثم ذكر نقلا
عن الخصاف ان في الشهادة على النكاح بالتسامع يشهد على النكاح دون المهر
ثم ذكر ان في الشهادة على المهر بالتسامع روايتين والاصح انه جائز فما ذكره

في النصاب خلاف الاصح واختار قاضيخان جوازه ايضا والدخول اي دخول الزوج على
الزوجة وفي الخلاصة اما الشهادة على الدخول بالمنكوحة بالتسامع ولو اراد ان
يثبت الدخول بثبت الخلوة الصحيحة وولاية القاضي وفي الخلاصة اما القضاء بان
كان قضى في مصر وراه الناس وسمع الناس يقولون انه قاض يسعه له ان
يشهد على كتابه الى قاضي مصر اخر استحسانا ثم قال نقلا عن شرح الطحاوي وكذا
يجوز الشهادة انه قاضي بلد كذا وان لم يعاينوا المنشور والتقليد وكذا يحل له ان
يشهد ان هذا والي بلد كذا وان لم يعاين العهد والمنشور واصل الوقف قال في
الحاوي القدسي اذا كانت البقعة مشهورة بالوقفية جازت الشهادة على الوقفية
مطلقا وان لم يعرف الشهود وقفيتها الا بالشهرة وبهذا الطريق يدوم الوقف
انتهى وفي الخلاصة واما الوقف فالصحيح من الجواب جواز الشهادة على اصل الوقف
لانه شيء بعد انقضاء قرون وانه يشتهر لكن شرائط الوقف لا يجوز وفي شرح
الطحاوي الشهادة على الشهرة لا يجوز الا في خمسة اشياء النسب والموت والنكاح
والقضاء والوقف اذا اشتهر انه وقف فلان حل له ان يشهد ان هذا والي بلد كذا وان
لم يعاين العهد وما سوى ذلك لا يجوز الشهادة فيه بالتسامع انتهى وفي الفتاوى
الصغرى الشهادة بالشهرة بالنسب وغيره بطريقين الشهرة الحقيقية والحكمية
فالحقيقية ان يسمع من قوم كثير لا يتصور تواطؤهم على الكذب ولا يشترط في
هذه العدالة ولا لفظ الشهادة والحكمية ان يشهد عنده رجلان او رجل وامرأتان
عدلان بلفظ الشهادة وفي الشهادة على الموت لا يقولان سمعنا من الناس
لكنهما يقولان دفنا وصلينا عليه حتى يقبل ولو شهدوا بالشهرة في هذه الفصول
وقالوا لم نعاين لكن اشتهر عندنا تقبل بخلاف ما لو قالوا نشهد له بالملك لانا رايناه
يتصرف فيه تصرف الملاك لا يقبل انتهى وقال القاضي الامام في فتاواه اذا شهد
الشهود فيما يجوز به الشهادة بالسماع وقالوا لم نعاين ذلك ولكنه اشتهر عندنا جازت
شهادتهم ولو قالوا شهدنا بذلك لانا سمعنا من الناس لا تقبل شهادتهم انتهى بقي
الكلام في اصل الوقف وشرائطه ففي البزازية وكل ما يتعلق بصحة الوقف ويتوقف
عليه فهو من اصله وما لا يتوقف عليه صحته فهو من الشرائط ونقل الفضلي

على

على ان الشهادة بالتسامع في لا يصح في الوقف واختار الامام السرخسي جوازه على
اصله لا على شرائطه بان يقولوا انه وقف على المسجد هذا او المقبرة هذه اما
اذا لم يذكر ذلك لا يقبل والمراد من الشرائط ان يقولوا ان قدرا من الغلة لهذه
ثم يصرف الفاضل الى كذا بعد بيان الجهة فلو ذكر هذا في الشهادة لا تقبل انتهى
وفي البحر نقلا عن المجتبى ان تقبل على شرائط الوقف ايضا واعتمده في المعراج
وقواه في فتح القدير انتهى قلت ويؤيد هذا اطلاق شرح الطحاوي ولم يقيد باصل
الوقف على ما ذكرناه انفا واعلم ان قبول الشهادة بالتسامع في الامور
المذكورة كلها استحسان والقياس عدم الجواز لان الشهادة من المشاهدة
وذلك يقتضي المعاينة والتسامع يخالفه ووجه الاستحسان ان هذه الامور
لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع لادى الى الحرج وتعطيل الاحكام لانها امور
مختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس لا يطلع عليها الا تلك الخواص وقد
يتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون كالارث في النسب والموت والنكاح
وثبوت الملك في القضاء وكمال المهر والعدة وثبوت الاحصان والنسب في
الدخول على الزوجة فلو لم تقبل الشهادة بالتسامع فيها لادى الى تعطيل هذه الاحكام
وهو باطل بخلاف البيع ونحوه لانه مما يطلع عليه كل احد فان قيل هذا الاستحسان
يخالف الكتاب لانه تعقفى علم المشاهد ولا علم فيما نحن فيه لجيب بمنع عدم العلم
فيما نحن فيه لان الشاهد فيه انما يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار
من يثق به وذلك يفيد العلم اذا اخبر بها اي بالاشياء المذكورة فيه اشارة
الى عدم اشتراط لفظ الشهادة في الاخبار بها لمن يشهد عند القاضي واما في
الشهادة عند القاضي فلا بد فيها من لفظ الشهادة وبه صرح في الخلاصة
فانه قال نقلا عن مختصر القدوري انما يجوز له الشهادة بالتسامع اذا اخبره
من يثق به ثم قال فهذا يدل على ان لفظة الشهادة ليست بشرط في الاخبار
بها من يثق به من عدلين او عدل وعدلتين اشار به الى اشتراط العدل والعدد
في الاخبار بها هذا قول الامامين وعند الحج لا يكفي العدلان بل لا بد من اخبار
العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر ثم شرط العدد في خبر الموت على المختار

لان في الموت يكفي الواحد العدل واليه اشار بقوله وفي الموت يكفي العدل ولو وصية
انثى وهو المختار لانه قلما يشاهده غير الواحد فيكون في اشتراط العدد فيه نوع
حرج بخلاف الخمسة الباقية فانها تكون غالبا بين الجماعة فلا حرج في اشتراط
العدد فيها وهل يشترط فيه لفظة الشهادة ففي الخلاصة والبزازية انها لا تشترط
للمخبر بالموت واما في الفصول الباقية من النكاح والنسب وغيرها فيشترط لفظة
الشهادة وليشهد من راى مقعود ليشهد جالسا مجلس القضاء ويدخل عليه الخصوم
انه قاض اي ليشهد انه قاض وان لم يعاين تقليد الامام اياه لحصول العلم به ومن
راى رجلا وامراة يسكنان معا في بيت وبينهما انبساط الازواج انها زوجته اي
ليشهد انها زوجته وان لم يحضر العقد لانه يحل له ان يشهد بالتسامع فان ساله
القاضي هل كنت حاضرا العقد فقال لا قيل تقبل وقيل لا تقبل واكتفى رحمه الله بمجرد
الرؤية وزاد في الخلاصة فيه السماع من الناس انها زوجته حيث قال راى رجلا
يدخل على امراة وسمع من الناس ان فلانة زوجة فلان وسعه ان يشهد وان
لم يعاين النكاح ثم قال الشهادة على النكاح بالشهرة تقبل اذا شهد عرسه وزفافه
او اخبره بذلك عدلان ان هذه امراته حل له ان يشهد على البتات ان هذه امراة
فلان وهل تقبل شهادة من راى رجلا وامراة يسكنان معا ويعلم معاملتهما معاملة
الازواج ان هذا الرجل طلق امراته هذه ثلاثا من قبل ثلاثة ايام مثلا ام لا تقبل
وقد تقدم من قبل انه ان اخر الشهادة بلا عذر لا تقبل وان اخرها بعذر تقبل ومن
راى شيئا سوى الادمي في يد متصرف فيه اي في ذلك الشيء تصرف الملاك
انه له اي ليشهد ذلك الرائي انه له ان وقع في قلبه ذلك اذا راى عينا غير الادمي
في يد رجل ثم راى ذلك الرجل يدعي على رجل اخر ذلك العين الذي راه قبله في يد
الاول والعين في يد الاخر وسعه ان يشهد بان ذلك العين للمدعي اعني الرجل
الاول لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب
كلها فان الانسان وان عاين البيع مثلا لا يعلم ملك المشتري الا بملك البائع قبله
وملك البائع لا يعلم الا باليد فيكتفي في الدلالة باقصى ما يستدل به لئلا يلزم
انسداد باب الشهادة هكذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يقيد بالشرط المذكور

اعني

اعني قوله ان وقع في قلبه ذلك وكذا ذكر الخصاف في ادب القاضي مثل ما ذكره محمد
ولم يقيد بذلك الشرط حيث قال اذا راى عينا في يد رجل يتصرف تصرف
الملاك جاز له ان يشهد انها له وزاد الامام ظهير الدين في الاقضية ذلك الشرط
وقال اذا راى شيئا في يد رجل يتصرف فيه تصرف الملاك ووقع في قلبه انها
له يسعه ان يشهد بالملك حتى لو راى درة في يد كناس او كتابا في يد جاهل
ليس في ابائه من هو اهل لذلك لا يحل له ان يشهد بالملك له لعدم وقوع العلم
في قلبه انه له وهكذا روي عن ابي يوسف وصححه الامام قاضيخان معللا بان
الوقوع في القلب دليل العلم به فتكون الشهادة عن علم واما الرؤية في يد المتصرف
تصرف الملاك فليس في مرتبة الوقوع في القلب لان كلا من اليد والتصرف
يحتمل الانابة والملك فلا يفيد العلم وفي الهداية يحتمل ان يكون ما روي عن ابي
يوسف تفسيرا لقول محمد فيكون الشرط المذكور مرادا لمحمد ايضا ولهذا ذكره المص
قال في الخلاصة وهذه المسئلة على اربعة اوجه لانه اما ان عاين المالك والملك
بان عرف المالك باسمه ونسبه وعرف الملك بحدوده وراه يتصرف تصرف
الملاك ولا ينازعه احد من ذلك ويدعي انه له اشتراه فانه وسعه له ان يشهد
بالملك ولو شهد يقبل الثاني ان لا يعرف المالك ولا الملك ولكن يسمع من الناس قالوا
ان لفلان بن فلان في قرية كذا ضيعة حدها كذا وكذا فلا يحل له ان يشهد
فلو شهد لا تقبل الثالث ان يعاين المالك دون الملك بان عرف الرجل معرفة تامة
وسمع ان له في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها
لا يسعه ان يشهد ولو شهد لا يقبل ايضا الرابع اذا عاين الملك دون المالك يسعه
ان يشهد وتقبل لو شهد لان النسب يثبت بالشهرة والتسامع فيصير المالك معلوما
بالتسامع والملك معلوم فتقبل انتهى فان قيل هذه الشهادة تفضي الى جواز الشهادة
بالتسامع في الاموال وهي باطلة اجيب بان الشهادة بالنسبة الى المال ليست
بالتسامع بل بالمعاينة والتسامع انما هو بالنسبة الى النسب قصدا وهو مقبول
فيه على ما تقدم وفي ضمن ذلك يثبت المال ولا معتبر للضمنيات في الشرع والادمي
ان علم رقه او كان صغيرا لا يعبر عن نفسه فكذلك يعني اذا راى عبدا او امة في يد

شخص فلا يخلو اما ان يعرف رقهما اولا فان كان الاول حل له ان يشهد انهما ملك صاحب
اليد لان الرقيق لا يكون في يد نفسه فيكون في يد غيره وان كان الثاني فاما
ان يكونا صغيرين لا يعبران عن انفسهما او كبيرين يعبران عن انفسهما فان كان الاول
فكذلك لانه لا يد لهما على انفسهما وان كان الثاني وهو من يعبر عن نفسه عاقلا
غير بالغ كان او بالغا فلا يحل له الشهادة لان اليد في ذلك لا يدل على الملك لانهما
في ايدي انفسهما وذلك يدفع يد الغير عنهما حتى ان الصبي العاقل ان اقر على نفسه
بالرق لغيره جاز وعن الحج انه يحل له الشهادة فيهما ايضا اعتبارا بالثياب وهكذا
عن ابي يوسف ومحمد ايضا فجعلوا السيد دليلا على الملك في الكل ولو فسر اي الشاهد
شهادته للقاضي انه شهد بالتسامع اي فيما يجوز فيه الشهادة بالتسامع من الامور
المذكورة بان يقول شهدنا بذلك لانا سمعناه من الناس بخلاف ما لو قالوا لم نعاين
بذلك ولكن اشتهر عندنا تقبل شهادتهم على ما ذكرناه نقلا عن القاضي الامام وذكر
القاضي الامام ايضا اذا سمع الرجل موت انسان واراد ان يشهد على الموت قال ابو ح
ان كان الموت مشهورا يقع في القلوب انه حق كان له ان يشهد ان فلانا قد مات
وان لم يكن موته مشهورا واخبره عدل انه عاين موته او شهد جنازته حل للسامع
ان يشهد ان فلانا مات وان شهد ان القاضي ولخبر انه انما يشهد بذلك لان فلانا اخبره
لا يقبل القاضي شهادته في قولهم او بمعاينة اليد اي في الاملاك بان يقول شهدنا
بان هذا الملك له لانا رأيناه في يده وكذا لو قالوا رأيناه في يده يتصرف تصرف
الملاك لا يقبلها لان عند هذا التفسير يقع في قلب القاضي شك بخلافه عند اطلاق
الشهادة او تفسيرها بالشهرة بان يقول اشتهر عندنا فانه على كلا التقديرين يقع في
قلب القاضي صدق الشاهد اطلقه فشمل الوقف وغيره مما يجوز الشهادة فيه بالتسامع
من الاشياء المذكورة قلت انه في غير الوقف ايضا اتفاقي واما في الوقف فقد
جوزوها ولو مفسرا كما صرح به في الفصل العاشر من العمادية حيث قال وتقبل الشهادة
على الشهادة في الوقف وكذا شهادة الرجال مع النساء وكذا الشهادة بالتسامع تقبل
وان صرحا بالتسامع لان الشاهد ربما يكون سنه عشرين وتاريخ الوقف مائة سنة
فيتيقن القاضي ان الشاهد شهد بالتسامع لا بالعيان فاذا لا فرق بين السكوت والافصاح

فلو انهما شهدا بالتسامع وقالا لا نشهد بالتسامع تقبل شهادتهما بخلاف غير الوقف مما يجوز
فيه الشهادة بالتسامع فانهما اذا صرحا بالتسامع في شهادتهما في غير الوقف لا يجوز
انتهى وهكذا في الثالث عشر من الفصولين وهل يؤخذ الدار المدعاة للوقف بهذه
الشهادة من يد ذي اليد افتوا مشايخ الاسلام بان تصرف ذي اليد تلك الدار
ان كان مستندا الى سبب شرعي من اسباب الملك لا يؤخذ من يد ذي اليد والا يؤخذ
فان قيل فاذا لم يؤخذ من يده فما فائدة قبول تلك البينة على وقفيتها قلت فائدته
تظهر في محلين احدهما انه اذا زال مستند ذي اليد بوجه تؤخذ الدار للوقف
والثاني ان ذا اليد اذا مات بلا وارث تؤخذ الدار للوقف لا لبيت المال ومن شهد
انه حضر دفن زيد او صلى عليه قبلت وان فسرها للقاضي بان قال كنت حاضرا
دفنه وصليت على جنازته وهو اي كل واحد من الحضور والصلوة عيان فكانهم
قال عاينت موته باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل لما فرغ من بيان ما سمع فيه
الشهادة وما لا يسمع فيه شرع في بيان ما سمع منه وما لا يسمع منه وقدم ذلك
على هذا لانه محل الشهادة والمحال شروط والشروط مقدمة على المشروط واعلم
ان الاصل في عدم سماع الشهادة وردها هو التهمة لقوله عم لا شهادة لمتهم ولانها
خبر يحتمل الصدق والكذب وحجته بترجح جانب الصدق فيه وبالتهمة لا يترجح والتهمة
قد تكون لمعنى في الشاهد كتكذيب نفسه كمن ادعى لنفسه شيئا ثم يشهد ان
ذلك لفلان المدعي وكمن اقر انه لزيد ثم شهد انه لعمرو فان في هاتين الشهادتين
تكذيبا لنفسه فلا تقبل كما ذكره في الفصل الثاني من شهادة الخلاصة فانه
قال في نوع التناقض نقلا عن الاجناس رجل ادعى دارا واقام البينة فابطل
القاضي بينته ثم جاء بعد عشرين سنة فشهد انها لآخر فشهادته باطلة وكذا
لو قال هذه الدار لفلان لا حق لي فيها انها لفلان آخر لا تقبل انتهى فعلم منه
شهد على فلان ما ادعاه اولا لا تقبل شهادته قيل لا تقبل شهادة الداين
لمديونه المفلس كما في القنية حيث قال رمزا الى المحيط ولا تقبل شهادة رب الدين
لمديونه اذا كان مفلسا ثم قال رمزا الى شمس الائمة الحلواني انها مقبولة وان كان
المديون مفلسا هذا فيما اذا كان المديون حيا واما اذا كان ميتا فلا تقبل كما في

القنية حيث قال رب الدين اذا شهد لمديونه بعد موته بمال لا تقبل لتعلق حقه بالتركة
وكذا الوصاية بالف مرسلة لانه تقبل شهادته لانه محل وصية او سلامة
عنه وكالفسق فان من لا ينزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا ينزجر
عنه فكان متهما بالكذب وكجر المغنم الى نفسه وكدفع المغرم عن نفسه كشهادة
بعض اهل المحلة على بعض في القتل كما سيأتي في باب القسامة وقد يكون
لمعنى في المشهود له من قرابة تهاسم بايثار المشهود له على المشهود عليه كالولاد
وقد يكون لخلل في اداة التمييز كالعمى المفضي الى تهمة الغلط فيها وقد يكون بالعجز عما
جعل الشرع دليل صدقه كالمحدود في القذف كذا في العناية ولا يخفى عليك
ان سبب رد شهادة الصبيان والمجانين والمعتوه والنساء وحدها والرقيق
راجع الى الخلل في اداة التمييز كالعمى اما فيما عدا الرقيق فظ واما في الرقيق فلان
خدمة المولى مانعة عن كمال الضبط والحفظ وهو شرط اهلية الشهادة مثل
العقل الكامل ولانه لا ولاية في الرقيق وعدم الولاية يخل في التمييز فيكون
متهما بتهمة الغلط وبقي الكلام في الشهادة على النفي وانما لا يسمع لمعنى في نفس الشهادة
فانها شرعت للاثبات لا للنفي وهذا اصل يبتنى عليه الفروع وفي الخلاصة والبزازية
ستة عشر لا تقبل شهادتهم العبد والمكاتب والمدبر وام الولد والمحدود في القذف
وان تاب عندنا والشريك لشريكه فيما هو فيه شريك والمفاوض والذي يجر
الى نفسه بشهادته مغنما والشهادة على النفي وشهادة اهل الكفر على المسلم وشهادة
المولى لمأذونه ومكاتبه وشهادة الاعمى والخنثى المشكل لو شهد مع رجل او امراة
ولو شهد مع رجل وامراة تقبل وتكلموا في الفسق الذي يمنع الشهادة واتفقوا على
ان الاخلال بالكبيرة يمنع الشهادة وفي الصغائر اذا كان معلنا نوع فسق مستشنع
يسميه الناس بذلك فاسقا مطلقا لا تقبل شهادته ايضا وان لم يكن كذلك ان كان
صلاحه اكثر من فساده وصوابه اغلب من خطائه ويكون سليم القلب تقبل شهادته
لان غير المعصوم لا يخلو عن قليل ذنب فيعتبر فيه الغالب وعن ابي يوسف ان كان
الفاسق وجيها ذا مروة تجاوزت شهادته لان مثله لا يكذب لا تقبل شهادة الاعمى
لاحتمال الغلط لخلل في اداة التمييز خلافا لابي يوسف فيما اذا تحملها بصيرا واعلم

ان

ان شهادة الاعمى اما ان يكون في الحدود والقصاص اولا فان كان الاول فلا تقبل
بالاتفاق وان كان الثاني فاما ان يكون مما يجري فيه التسامع كالنسب والموت
وغيرها اولا فان كان الاول قبلت عند زفر واختاره بعض اصحابنا كصاحب
النصاب على ما في الخلاصة والبزازية وهو رواية ابن شجاع عن ابي ح وان كان
الثاني فان كان بصيرا وقت التحمل والمشهود به غير منقول قبلت عند ابي يوسف
والشافعي وان انتفى احدهما لم تقبل بالاتفاق وهذا لان الشهادة لها ثلاثة احوال
حالة التحمل وحالة الاداء وحالة القضاء فابو يوسف اعتبر حالة التحمل وابو ح ومحمد
اعتبرا الحالات الثلث كلها فاذا وجد العمى حالة التحمل لم تقبل بالاتفاق وان وجد
التبصير البصر حالة التحمل ثم عمي عند الاداء تقبل عند ابي يوسف لا عندهما ثم وجه
عدم قبولها في الحدود والقصاص فلانها تندرئ بالشبهات وشهادة الاعمى
ما فيه شبهة لان الصوت والنغمة المسموعة في حق الاعمى يقام مقام المعاينة
والحدود لا يثبت بما يقوم مقام الغير واما وجه قول زفر فهو ان الحاجة فيه
الى السماع ولا خلل فيه واجيب بان من لا تقبل شهادته فيما لا يجري فيه التسامع
لا تقبل ايضا فيما يجري فيه التسامع كالصبي والمجنون واما وجه ابي يوسف والشافعي
فهو ان العلم بالمعاينة حصل عند التحمل فصح تحمله ثم الاداء اما ان يكون بالقول
ولا خلل في القول لان لسانه سالم وكان المقتضي لصحة التحمل الاداء والاداء
موجود اذ المانع وهو عدم التعريف منتف لان التعريف يحصل بالنسبة فصار
كالشهادة على الميت فانه اذا شهد على الميت بان لفلان عليه كذا من الدين فانها
تقبل بالاتفاق اذا ذكر النسبة الى الجد وقيل يكفي النسبة الى الاب والمختار هو
الاول واجيب عنه بانا لا نسلم ان القول مستبد بتحصيل الاداء بل الاداء مفتقر
الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة
وفي النغمة شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فان الشهود البصراء كثيرة وفيهم
غنية عن شهادة الاعمى واما وجه ابي ح ومحمد فهو ان شرط القضاء قيام اهلية
الشهادة وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده ولا قيام لها بالعمى وقت القضاء
فصار كما اذا خرس او جن او فسق فانهم اجمعوا على ان الشاهد اذا خرس او جن او ارتد

بعد الاداء او قبل القضاء لا يقضي القاضي بشهادته كما انهم اجمعوا ان الموت والغيبة
بعد الاداء قبل القضاء لا يمنع القضاء والاصل ههنا ان كل ما يمنع الاداء فهو يمنع
القضاء ايضا لان المقصود من ادائها القضاء وهذه الاشياء يمنع الاداء بالاجماع
فيمنع القضاء ايضا والعماء بعد التحمل يمنع الاداء عندهما فيمنع القضاء ايضا وعند
ابي يوسف لا يمنع الاداء فلا يمنع القضاء كذا قالوا قلت وهذا ينبغي ان يكون
النزاع لفظيا ولا شهادة المملوك اي لمولاه ولغيره وهذا لما فيه من الخلل في شرط
اهلية الشهادة اعني كمال الضبط لاشتغاله بخدمة مولاه ولان الشهادة مبنية
على الولاية الكاملة وليس للمملوك ولاية قاصرة فضلا عن الولاية المتعدية الى
الى الغير اطلقه فشمل القن والمكاتب والمدبر وام الولد على ما في الخلاصة والبزازية
وفي البحر ومعتق البعض والمعتق في المرض كالمكاتب في زمن سعايته اذا لم يخرج
من الثلث لا تقبل شهادته وكذا المدبر بعد موت مولاه اذا لم يخرج من الثلث
كالمكاتب عند ابي ح في زمن سعايته لا تقبل شهادته وحر مديون عندهما فتقبل
شهادته والصبي لما ذكرناه من الخلل في كمال الضبط لعدم العقل الكامل فيه ولقصور
ولايته الا ان يتحملا حال الرق بخلاف ما لو تحملا حال الحرية ثم صار فاداها حال الرق
فانها لا تقبل والصغر واديا بعد العتق والبلوغ فانها مقبولة سواء شهدا قبل
العتق والبلوغ فردت شهادتهما ثم شهدا في تلك الحالة ايضا بعد العتق والبلوغ او
لم يشهدا اصلا بعد التحمل وشهدا ولم يرد ثم شهدا ايضا فانها مقبولة في الصور
الثلاث لصيرورة الاهلية بالولاية والضبط الكامل وقت الاداء ولا شهادة
المحدود في قذف لعجزه عما جعل الشرع دليل صدقه لقوله تعالى فان لم يأتوا
بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون واشار رحمه الله اليها في المبسوط انه
لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد لان ما دونه ليس بحد بل تعزير
وهو لا يسقط الشهادة وعن ابي ح انها تسقط اذا اقيم عليه الاكثر وعنه اذا ضرب
سوطا وان وصلية تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولان ضميرهم
راجع الى المحدودين في القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا في قذف
ولان رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالجلد فيبقى بعد التوبة كاصله

لان الجلد لا يسقط بالتوبة فكذا ما هو من تمامه فان قيل المحدود في القذف فاسق
لقوله تعالى واولئك هم الفاسقون والفاسق اذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في
غير القذف اجيب بان الشهادة ان ردت للفسق كالمحدود في غير القذف قبلت
بالتوبة والا فلا كالمحدود في القذف فانها ردت فيه لكونها من تمام الحد لا للفسق
كذا في العناية وفيه نظر لان المصرح في الخلاصة والبزازية ان من ردت شهادته
لفسقه ثم تاب وشهد لا تقبل والجواب ان مراد صاحب العناية انها تقبل في غير تلك
الحادثة والمراد بما في الخلاصة والبزازية انها لا تقبل في تلك الحادثة فلا منافات
وقال الشافعي تقبل بالتوبة لقوله تعالى الا الذين تابوا فانه استثنى التائب وهو
ينصرف الى الجميع قلنا انه ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون
وهو ليس بمعطوف على ما قبله لانه اخباري وما قبله طلبي والاستثناء منقطع على
ما في الاصول وقال في البحر لو اقام القاذف اربع شهداء بعد ما حد على ان
المقذوف زنى قبلت شهادته بعد التوبة انتهى فعلى هذا لو قال المص ان لم يقم بينة على
صدقه لكان اولى وانما قيد بقوله على انه زنى لانه لو اقام بينة على اقرار المقذوف
بالزنا لا يشترط ان يكونوا اربعة بل يكفي اثنان لما في فتح القدير من باب حد
قذف فان شهد رجلان او رجل وامرأتان على اقرار المقذوف بالزنا يدرء
الحد عن القاذف لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة الا ان حد كافرا اي
لا تقبل شهادة المحدود في قذف في حال من الاحوال الا حال كونه حد كافرا
ثم اسلم فانه يجوز شهادته لان الاسلام حدثت له شهادة مطلقة توضيحه
ان الكافر اذا قذف كافرا او مسلما وحد في قذف لم يجز شهادته بعد ذلك على
الكافر فاذا اسلم جازت شهادته مطلقا على المسلم وعلى الكافر لان للكافر شهادة
على مثله ومن له ذلك وحد في قذف كان رد شهادته من تتمة حده فلا تقبل
شهادته على مثله وبالاسلام حدثت له شهادة مطلقة غير الاولى لان الاسلام
ماح للذنوب ومطلق للاحكام فلا يكون الرد من تمامه بخلاف العبد اذا حد في
القذف ثم اعتق حيث لم تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة الا ما كان بعد العتق فجعل
ردها من تمام حده فان قيل ما الفرق بين مسلم زنى في دار الحرب فخرج الى دار الاسلا

وبين العبد اذ الحد في القذف حيث جعل القذف قائما في حقه الى حصول اهلية الشهادة
ولم يجعل الزنا قائما الى حصول نفوذ الولاية لجيب ببيان الفرق بينهما بان الزنا لم ينعقد
موجبا في دار الحرب للحد لانقطاع ولاية الامام فلا ينقلب موجبا والقذف
موجب في حق الاصل فيوجب الوصف عند امكانه انما قال الحد كافر لانه اذا قذف
مسلما ثم اسلم يحد في حال اسلامه لم تقبل شهادته بخلاف ما لو حد قبل الاسلام
ثم اسلم فانه قبلت شهادته ولهذا قيد الحد بحال كفره اطلق الحد في قوله كافرا
فشمل ما اذا حد تماما او بعضا حتى اذا ضرب سوطا قبل اسلامه فاسلم ثم ضرب
الباقي بعد اسلامه تقبل شهادته لان ما يوجد بعد اسلامه ليس بحد بل تعزير فلا يتر
عليه رد الشهادة وعن ابي يح اذا ضرب السوط الاخير بعد الاسلام لا تقبل شهادته
لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات اجزاء تعلق بالجزء الاخير وعنه ايضا اذا ضرب الاكثر
بعد الاسلام لا تقبل واعلم انهم قالوا متى ردت الشهادة لعلة ثم زالت تلك
العلة لا تقبل الا في اربعة مواضع احدها عبد فتحمل الشهادة وردت شهادته ثم
عتق فشهد في تلك الحادثة تقبل ان كان عدلا والثاني كافر شهد ما تحمله على مسلم
فردت شهادته ثم اسلم فشهد له فيه تقبل الثالث الاعمى اذا شهد فردت شهادته
ثم صار بصيرا فشهد فيه تقبل الرابع الصبي اذا شهد في حادثة فردت ثم بلغ فشهد
فيها تقبل والمص اشار الى هذه المستثنيات الا الثالث ولا الشهادة لاصله ولو كان
الاصل هو الزاني لان الولد من الزنا لا تقبل شهادته للزاني وان لم يثبت نسبه منه
كما في كتاب الزكوة من الاشباه وان علا وفرعه وان سفل وان كان شهادته
لذلك الفرع ضمنا على ما نذكره في اخر الباب وعبده ومكاتبه ولا من احد الزوجين
للاخر ولو كانت الزوجة معتدة من باين على ما في الخلاصة نقلا عن الخصاف
وهكذا في حضانة الدرر بخلاف ما لو انقضت عدتها ثم شهد لها بما تحمل لها وقت
النكاح فانها تقبل وكذا شهادة المراة له لا يجوز في العدة ويجوز بعدها والاصل
فيه ما رواه عروة عن عائشة رض عن النبي عم قال لا تقبل شهادة الولد لوالده
ولا الوالد لولده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى
لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين الاصول

والفروع متصلة حتى لا يجوز دفع الزكوة اليهم واتصالها يوجب كون الشهادة لنفسه
من وجه وكذا الاتصال بين المولى وعبده وبين الزوج وامراته فيكون منها في
شهادته بجر النفع لنفسه فلا تقبل وقال الشافعي شهادة احد الزوجين للاخر جائزة
والحجة عليه ما روينا وما ذكرنا وقال في فتح القدير ولو شهد احد الزوجين
للاخر في حادثة فردت فارتفعت الزوجية فاعاد تلك الشهادة تقبل ورده
في البحر وقال انه سهو منه واشار بقوله لاصله الى ان الشهادة على اصله وعلى
فرعه جائزة كما ذكروه واستدلوا عليه بمسائل منها ما في الولوالجية ويجوز
شهادة الابن على ابيه بطلاق امراته اذا لم يكن لامه ولا لضربه ومنها ما ذكره في
البحر نقلا عن الجامع الكبير رجل يشهد عليه بنوه انه طلق امراة انهم ثلاثا ويجحد فان
كان الام تدعي الطلاق فشهادتهم باطلة وان كانت تجحد فالشهادة جائزة
لانها اذا كانت الام تدعي الطلاق كانت الشهادة لامهم فلا تقبل وان كانت
تجحد كانت الشهادة على امهم فتقبل ورد هذا بان الشهادة على الطلاق لا يتوقف
على الدعوى بل تقبل بلا دعوى حسبة كما تقدم فكان وجود الدعوى وعدمها
على السواء فتقبل فيها واجاب عنه في البزازية بان الشهادة على الطلاق وان
كانت حق الله تعالى لكن ومنها ما في البحر ايضا عن الجامع الكبير
رجل طلق امراته قبل الدخول ثم تزوجها فشهد ابنان انه طلقها في المرة الاولى
ثلاثا ثم تزوجها بلا تحليل تقبل ومنها ما في البحر ايضا يشهد ابنان على الاب
انه خلع امراته على صداقها فان كان الاب يدعي لم تقبل دخل بها او لم يدخل
والا تقبل ادعته او لا ثم اختلفوا في الاجير المذكور فيما روينا فقال صاحب
الهداية المراد به على ما قال المشايخ هو التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه
ضرر نفسه ونفع استاذه نفع نفسه وقيل التلميذ الخاص ليس ما ذكر بل هو
الذي ياكل معه وفي عياله وليس له اجرة معلومة وقيل المراد بالاجير هو
الاجير مسانهة او مشاهرة وهو الاجير الوحد فيستوجب الاجر بمنافعه
واداء الشهادة من جملة منافعه فيصير كالمستاجر عليها فيتهم بجر المنافع وهو
الاستحسان والقياس قبول شهادته لكونها شهادة عدل ولهذا جاز شهادة

الاستاذ له ووضع الزكوة فيه لكن الاستحسان حجة يترك بها القياس واما شهادة
الاجير المشترك فمقبولة لان منافعه غير مملوكة لاستاذه ولهذا له ان يوجر
نفسه من غيره في مدة الاجارة كذا في الهداية والعناية وهكذا ذكره في
الخلاصة ثم قال ولو شهد عند القاضي ولم يكن اجيرا وقت الاداء ثم صار اجيرا قبل
ان يقضي القاضي فان ابطل شهادته فيها فان لم يبطل شهادته حتى بطلت الاجارة
ثم اعاد الشهادة جاز كالمرأة اذا طلقها قبل ان ترد شهادته ثم اعاد جاز وقال
في قاضيخان اذا شهد الاجير لاستاذه وهو اجير شهر فلم يرد شهادته ولم يبدل
حتى مضى الشهر ثم عدل لا تقبل شهادته لان شهادته لم تكن مقبولة فلم تصر مقبولة
كمن شهد لامرأته ثم طلقها قبل التعديل لا تقبل شهادته وان شهد ولم يكن اجيرا ثم
صار اجيرا قبل القضاء بطلت شهادته لان قيام الشهادة الى وقت القضاء شرط لجواز
القضاء وهو كما لو شهد وهو عدل ففسق قبل القضاء ولو ان القاضي لم يرد شهادته
وهو غير اجير ثم صار اجيرا ومضت مدة الاجارة لا يقضي بتلك الشهادة وان
لم يكن اجيرا عند الشهادة ولا عند القضاء لان اعتراض الاجارة على الشهادة ابطل
الشهادة ولو ان القاضي لم يبطل شهادته ولم يقبل فاعاد الشهادة بعد انقضاء
مدة الاجارة جازت شهادته الثانية انتهى والوكيل ومشرف القرية كالاجير المشترك
ولا تقبل شهادة الوصي للصبي بعد العزل ولو شهد للورثة الكبار تقبل وان كان في
حال الوصاية كذا في الخلاصة والشريك اي ولا شهادة الشريك لشريكه فيما
هو من شركتهما لما رويناه وذكرناه من تهمة جر المنافع لنفسه بخلاف ما لو شهد فيما
ليس من شركتهما فانها تقبل لعدم التهمة قيل هذا في شركة العنان واما اذا كانا
شريكين مفاوضين فلا تقبل شهادة احدهما للآخر اصلا الا في الحدود والقصاص
والنكاح لان ما عدا هذه الثلاثة مشترك بينهما فيكون متهما بجر النفع الى نفسه كذا في
النهاية والعناية وزاد في فتح القدير على هذه الثلاثة الطلاق والعتاق وطعام
اهله وكسوتهم وتعقبه في الزيلعي وقال وهذا سهو من صاحب النهاية فانه لا يدخل
في الشركة الا الدراهم والدنانير ولا يدخل فيه العقار والعروض ولهذا قالوا
لو وهب لاحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة فيه ليس

بشرط انتهى قد تقدم في الشركة ان الفلوس النافقة مثل الدراهم والدنانير في كونها
مال الشركة ولا شهادة المخنث بفتح النون وكسرها مشددة على ما في البحر وهو
الذي يفعل الردي من التشبه بالنساء في كلامه وتزيينه والتمكين من الرجال
عمدا وغير ذلك فانها معصية وفسق فلا تقبل شهادته لقوله عم لعن الله المؤنثين
من الرجال والمذكرات من النساء واما اذا كان في كلامه لين وفي اعضائه تكسر
ولم يشتهر منه شيء من الافعال الردية فهو مقبول الشهادة ولا شهادة النائحة اي
في مصائب الناس ولو بلا اجر لارتكابها الحرام طمعا في المال واما النائحة في مصيبة
نفسه فتقبل شهادتها على ما صرح به في البحر وذلك لعدم طمعه في المال بل لدفع
وحشته والمغنية قال في العناية والتغني للهو معصية في جميع الاديان ثم قال
قال في الزيادات اذا اوصى بما هو معصية عندنا وعند اهل الكتاب وذكر منها الوصية
للمغنيين والمغنيات خصوصا اذا كان الغناء من المرأة فان نفس رفع الصوت
منها حرام فضلا عن ضم الغناء اليه انتهى ولهذا اي ولكون مطلق التغني حراما من المرأة
لم يقيده هنا بقوله للناس بل اطلقه وقيد به فيما ذكر من بعد هذا في غناء الرجل
حيث قال ثم او يغني للناس ثم الاصل فيها ما روي ان النبي عم نهى عن الصوتين
الاحمقين النائحة والمغنية وصف الصوت بصفة صاحبه ولا شهادة العدو بسبب
دنياه على عدوه لان العداوة الدنيوية حرام يزيل العدالة بخلاف العداوة الدينية
فانها تدل على قوة دينه اشار رحمه الله الى ان نفس العداوة الدنيوية يمنع قبول
الشهادة ولكنه قال في القنية ط لا يجوز شهادة رجل على رجل بينهما عداوة في
شيء من امور الدنيا واذا كان بسبب شيء من امر الدين يقبل قال استاذنا وجواب
عك يشير الى ان نفس العداوة بسبب الدنيا لا يمنع قبول الشهادة ما لم يفسق بسببها
او يجلب بتلك منفعة او يدفع عن نفسه مضرة وهو الصحيح وعليه الاعتماد وما
في ط والواقعات اختيار المتاخرين واما الرواية المنصوصة فبخلافها وفي كنز
الرؤس شهادة العدو على عدوه تقبل وقال الشافعي لا تقبل لنا ان العداوة ان كانت
قادحة في الشهادة وجب ان تكون قادحة في حق الكل كالفسق اي في حق
عدوه وغيره والا فتقبل وهكذا اطلق في خزانة الفقه وذكر في شرح السنة

ومعالم السنن على مذهب الشافعي لا تقبل شهادة العدو على عدوه لانه متهم وقال ابو ح
تقبل اذا كان عدلا قال استاذنا وهو الصحيح وعليه الاعتماد انه اذا كان عدلا
تقبل شهادته وان كان بينهما عداوة بسبب امر الدنيا انتهى فعلى هذا ما ذكر في المتن
وغيره خلاف الصحيح من الرواية ومدمن الشرب على اللهو اي المداوم على شرب شيء
من الاشربة المحرمة خمرا كانت او غيرها مثل السكر ونقيع الزبيب والمنصف وشرط
الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان المتهم بشرب الخمر في بيته سرا مقبول الشهادة
وان كانت كبيرة كذا في العناية وقال في قاضيخان ان من اتهم بشرب الخمر في بيته
لا تبطل عدالته وان كانت كبيرة وانما تبطل اذا اظهر ذلك او خرج من بيته سكران
يتسخر منه الصبيان لان مثله لا يحترز عن الكذب انتهى وقال في البحر نقلا عن النهاية
لا تجوز شهادة مدمن الخمر ثم قال شرط الادمان ولم يرد به الادمان في الشرب
وانما اراد به الادمان في النية يعني يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجده
انتهى والمشهور ما فسرناه ولا شهادة من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة لا يؤمن
بها على الاقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة فلا تقبل شهادته وقد صرح
في قاضيخان ان من اشتد غفلته لا تقبل شهادته ولانه مصر على نوع لعب
والاصرار عليه كبيرة ولانه قد يقف على عورات النساء بالصعود على سطحه
ليطير طيره وذلك فسق واما اذا كان يستانس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول
الشهادة الا اذا خرجت من بيته فانها تاتي بحمامات غيره فتفرخ في بيته وهو
ياكل ويبيع ولا يعرفه من حمامة نفسه فيكون اكلا للحرام وبه يسقط عدالته
كذا في العناية او بالطنبور بالضم آلة اللهو معروف ويدخل فيه سائر آلات
اللهو او يغني للناس اي للهو معهم اولا قيده بالناس لانه لو كان غناؤه لنفسه
لدفع وحشته لا باس به عند عامة المشايخ ومنهم من كره ذلك ايضا ولهذا
لم يكتف بذكر المغنية بل افرده بالذكر بعد ذكرها لانها مطلقة على ما عرفت وهذا
مقيد كما ترى وعلل صاحب الهداية عدم قبول شهادة من يغني للناس بانه يجمع الناس
على ارتكاب كبيرة وقال في البحر وظاهره ان الغناء كبيرة وان لم يكن للناس بل لاسماع
نفسه لدفع وحشته وهو قول شيخ الاسلام فانه قال بعموم منه والعجب من صاحب

الكافي انه علل المسئلة بما علل به في الهداية وجوز الغناء اذا كان لاسماع نفسه لازالة
وحشته انتهى قلت كون ما ذكره ظاهر كلام الهداية مم او يلعب بالنرد فان مجرد اللعب
بالنرد مع قطع النظر عن مقارنة القمار وتفويت الصلوة او اكثار الايمان الكاذبة مسقط
للعدالة على ما في الذخيرة لقوله عم ملعون من لعب بالنرد او يقامر بالشطرنج
القمار ان ياخذ من صاحبه شيئا في اللعب او تفويت الصلوة بسببه اي بسبب
لعب الشطرنج بدون انضمام احد الامور الثلثة القمار وتفويت الصلوة واكثار
الايمان الكاذبة لسبب اشتغاله به ليس بفسق مانع عن الشهادة بخلاف اللعب
بالنرد كما ذكرناه وانما لم يذكر المص القيد الثالث اعني اكثار الايمان الكاذبة لان الغالب
فيه الاولان وفي الجواهر ان مجرد لعب الشطرنج بلا مقارنة شيء من الامور
المذكورة فسق مانع عن الشهادة واختار في الهداية الاول وقال لان للاجتهاد
فيه مساغا لان مالكا والشافعي يقول بحله لتشحيذ الاذهان قال في اجارة
البزازية لا تقبل شهادة الدلال وشهادة محضر قضاة العهد والوكلاء المفتعلة
على ابوابهم وشهادة الصكاك لملازمتهم على الحلف الكاذب والتعدي في اخذ الاجرة
بالزيادة على اضعاف اجر المثل فلا يكونون عادلين ولهذا افتوا بان شهادة محضر
القضاة مقبولة ان كان عدلا ولا بد من هذا القيد وقال في كتاب الشهادات
وشهادة الصكاكين تقبل في الصحيح وقيل لا لانهم يكتبون هذا ما اشترى وباع
وضمن الدرك فلان وان لم يكن واقعا وكتابة الكذب والتكلم به سواء وفي النصاب
وشهادة البخيل لا تقبل لانه لبخله يستقصي فيما يقرض للناس فياخذ زيادة على
حقه فلا يكون عدلا ويرتكب ما يوجب الحد كالزنا والسرقة والقتل العمد واللواطة
على قول ابي يوسف ومحمد وكالقذف قبل الحد فانه كبيرة تسقط بها العدالة
على ما عليه الفتوى على ما في شرح النقاية وقال في قاضيخان ومن كان
يشتم اولاده واهله وجيرانه ذكر في بعض الروايات انه لا تقبل شهادته
وقيل ان اعتاد ذلك بطلت عدالته وان فعل ذلك احيانا لا تبطل قال الفقيه
ابو الليث اذا لم يكن قذفا لا تبطل عدالته اما القذف يبطل العدالة انتهى وهل
يشترط الاعلان في اسقاط الكبائر التي ارتكبها الشهادة ففي قاضيخان والظاهر انه

بشترط او باكل الربوا لانه فسق يزيل العدالة لو اشتهر به والا فلا لان الانسان
قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة بخلاف اكل مال اليتيم فانه مسقط للعدالة
مطلقا اشتهر به او لا على ما في العناية او يدخل الحمام بلا ازار لان كشف العورة
حرام يسقط به العدالة وقال في قاضيخان لا تقبل شهادة من يدخل الحمام بغير
ازار اذا لم يعرف رجوعه عن ذلك او يفعل ما يستخف به كالبول والاكل على الطريق
قيد لكل من البول والاكل وهذا لان فيه ترك المروة فاذا كان لا يستحيي من مثل
ذلك فالظاهر انه لا يمتنع عن الكذب ايضا فكان متهما به وفي البحر والمراد بالاكل
على الطريق والبول عليه بان يكون بمرأى من الناس واشار رحمه الله الى ان كل مخل
بالمروة يمنع قبول الشهادة وان لم يكن محرما منها اللعب بالشطرنج على الطريق بدون
القمار وترك الصلوة والاكثار الكذب فانه باحد هذه الثلاثة حرام على ما تقدم
وبدون هذه الثلاثة على الطريق ترك المروة والا لتشحذ الاذهان لانه يعد خفة
وسوء ادب وهو ترك المروة ومنها المشي بسراويله وحده ولا شيء عليه غيره
على ما في قاضيخان ومنها مد رجله عند الناس وكشف راسه في موضع يعد
فعله خفة وسوء ادب وكشف عورته ليستنجي والناس حضور على ما في البحر وفيه
ايضا ان سرقة لقمة والافراط في المزح المفضي الى الاستخفاف وصحبة الارادل
من قبيل ترك المروة ثم قال واذا فعل ما يخل بالمروة سقطت عدالته وان لم يكن فاسقا
به حيث كان مباحا فكان فاعل المخل بالمروة ليس بعدل ولا فاسق فالعدل من
اجتنب عن فعل المخل بالمروة وعن فعل الحرام والفاسق من ارتكب كبيرة او اصر
على صغيرة انتهى او يظهر سب السلف وهم الصحابة والتابعون والعلماء كالجح واصحابه
على ما في الزيلعي وكذا السب لمسلم وان لم يكن من السلف على ما في النهاية لانه اما كفر
او فسق قيد بالاظهار لانه لو اعتقد ذلك ولم يظهره فهو عدل على ما في العناية
وفي البحر لا تقبل شهادة بايع الاكفان وقيده الامام السرخسي بما اذا ترصد لذلك
العمل والا فتقبل لعدم تمنيه الموت والطاعون وفي قاضيخان ومن اخر الفرض بعد
وجوبه ان كان له وقت معين كالصوم والصلوة بطلت عدالته الا ان يكون التاخير
بعذر وان لم يكن له وقت معين كالزكوة والحج ذكر الناطفي رواية هشام عن محمد انه

قال لا تبطل عدالته وبه اخذ محمد بن مقاتل وقال بعضهم اذا اخر الزكوة او الحج بغير عذر
بطلت عدالته وبه اخذ الفقيه ابو الليث وعن ابي يوسف في الامالي ان الحج يكون على
الفور والصحيح ان تاخير الزكوة لا يبطل عدالته وان ترك الجمعة ثلاث مرات يصير فاسقا
كذا ذكر في بعض المواضع وبه اخذ الامام السرخسي وذكر في بعض المواضع انه
يبطل العدالة ولم يقيد ولم يذكر العدد وبه اخذ شمس الائمة الحلواني وعليه الفتوى
هذا اذا تركها مجانة ورغبة عنها من غير عذر اما اذا تركها لمرض او لبعد مسافة او
تاويل بان كان يفسق الامام او يضلله لا يبطل عدالته وان ترك الصلوة بالجماعة
ولم يستعظم ذلك كما يفعله العوام بطلت عدالته وان تركها متاولا بان كان
يضلل الامام او يفسق لا تبطل عدالته انتهى ثم قال فيه ايضا اذا قدم الامير بلدة
فخرج الناس وجلسوا في الطريق ينظرون اليه قال الخلف بطلت عدالتهم الا ان
يذهبو للاعتبار فح لا تبطل عدالتهم والفتوى على انهم اذا خرجوا للتعظيم من لا يستحق
التعظيم لا للاعتبار تبطل عدالتهم انتهى كذا ذكره في البحر نقلا عن الخزانة وتقبل
الشهادة لاخيه وعمه ومحرمه رضاعا او مصاهرة لعدم البسوطة بينهم في
الاملاك فلا تهمة بخلاف قرابة الولاد والزوجية على ما سبق وكذا تقبل الشهادة
لام امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة ابيه وابنه لما ذكرناه من عدم البسوطة
الاملاك بينهم على ما في البحر وفي المحيط وهذا الجواب لا يشكل فيما اذا شهد لاخيه
والاب ميت وانما يشكل فيما اذا شهد لاخيه والاب حي وينبغي ان لا تقبل شهادته
ح لان منافع الاملاك بين اخيه وابيه متصل فكانه شهد لابيه والجواب ان
شهادة الانسان لابيه انما لا تقبل لان منافع الاملاك بين الاب والابن
متصل فكانت الشهادة للاب لنفسه من وجه فلم تقبل واما شهادته لاخيه
فليست لنفسه اصلا لتباين الاملاك انتهى وفي القنية امتدت الخصومة سنين
ومع المدعي اخ وابن عم يخاصمان له مع المدعى عليه ثم شهدا له في هذه الخصومة
بعد هذه الخصومات لا تقبل شهادتهما انتهى قيل وقياس هذا ان يطرد ذلك
في كل قرابة وصاحب تردد مع قرابته الى المدعى عليه في الخصومة سنين ويخاصم
له مع المدعى عليه ثم يشهد له بعد ذلك فينبغي ان لا تقبل وتقبل شهادة اهل الاهواء ايضا

اى بجميع فرقهم المذكورة في الكلام وقال الشافعي لا تقبل شهادتهم اصلا قلنا انه
فسق من حيث الاعتقاد وما كان كذلك فهو تدين فلا يخل عدالته بخلاف الفسق
من حيث التعاطي والتهاون قيل اصول اهل الاهواء الجبر والقدر والرفض
والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد منهم يفترق اثني عشر فرقة الا شهادة
الخطابية قيل هم غلاة الروافض ينسبون الى ابي الخطاب وهو رجل كان بالكوفة
قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناس لانه كان يزعم ان عليا الاله الاكبر وجعفر
الصادق الاله الاصغر وتقبل ايضا شهادة الذمي على مثله وان اختلفا ملة كاليهود
مع النصارى لما رواه جابر ان النبي عم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض
واليهود في معناهم في قبول عقد الذمة فيجوز بلا تفرقة وقد قال الله تعالى
والذين كفروا بعضهم اولياء بعض والمراد الولاية دون الموالاة ولان الذمي
من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار فيكون اهلا للشهادة على جنسه
ايضا كالمسلمين وهذا حجة على الشافعي ومالك في عدم قبول شهادة اهل الذمة
مطلقا وعلى ابن ابي ليلى ايضا في عدم قبول شهادة ملة على ملة اخرى بل لا بد من
اتحاد ملة ومما ينبغي ان يعلم ههنا ما ذكره في الفصل الحادي عشر من شهادات
التاتارخانية نقلا عن المحيط اذا مات الكافر فجاء مسلم وكافر وادعى كل واحد
منها دينا فاقام كل واحد منها بينة من اهل الكفر قال في الكتاب بجرت بينة المسلم
واعطيت حقه فان بقي شيء كان للكافر وروى الحسن بن زياد عن ابي ح ان
التركة تقسم بينهما على مقدار دينهما ثم قال فيه ايضا نقلا عن الظهيرية نصراني
مات وترك الف درهم فجاء مسلم ونصراني وادعى كل واحد الف درهم واقام
كل واحد منها شاهدين نصرانيين فان الالف كلها للمسلم في قول ابي ح ومحمد زفر
وقول ابي يوسف اولا ثم رجع ابو يوسف وقال الالف بينهما نصفان ثم قال
فيه ايضا نقلا عن المحيط قال محمد في الجامع نصراني مات وترك مائة درهم
لا غير فاقام مسلم شاهدين نصرانيين عليه بمائة درهم واقام مسلم ونصراني
شاهدين نصرانيين عليه بمائة درهم بينهما يقضى للمسلم المنفرد بثلثي المائة ويقضى
بثلث المائة بين الشريكين نصفان ثم النصراني الشريك يأخذ من شريكه المسلم

نصف

نصف ما اخذ لتصادقهما ان الدين مشترك بينهما ولو كان مكان المسلم المنفرد
نصرانيا منفردا وباقي المسئلة بحالها فالمائة تقسم بينهم اثلاثا لكل واحد الثلث
ولو كان شهود الشريكين مسلمين وشهود النصراني المنفرد نصرانيين وباقي
المسئلة بحالها كان هذا والاول سواء فان كان شهود النصراني المنفرد
مسلمين وشهود الشريكين نصراني وباقي المسئلة بحالها يقضى للنصراني المنفرد
نصف المائة ويقضى بالنصف الاخر للشريكين انتهى وهكذا في المحيط السرخسي
وهل يجوز شهادة الذمي على المسلم ففي الاشباه لا تقبل شهادة كافر على مسلم
الا تبعا او ضرورة فالاول اثبات توكيل كافر بكافر بكل حق هو له بالكوفة
على خصم كافر فيتعدى الى خصم مسلم لحر وكذا شهادتهما على عبد كافر موكله مسلم
وهذا بخلاف العكس في المسئلتين لكونها شهادة على المسلم قصدا وفيما سبق
ضمنا والثاني مسئلتين في الايصاء شهد كافران على كافر انه اوصى الى كافر
واحضر مسلما عليه حق للميت وفي النسب شهدا ان النصراني ابن الميت فادعى على
مسلم بحق انتهى وعلى المستامن لان الذمي اعلى حالا منه لكونه اقرب الى الاسلام
فصار كشهادة المسلم على الذمي دون عكسه لانه لا ولاية للمستامن على الذمي اصلا
لكونه ادنى حالا منه لكونه ابعد منه للاسلام ولان الذمي من اهل دار الاسلام
والمستامن من اهل دار الحرب فاختلفا دارا وتقبل شهادة المستامن على مثله
ان كانا من اهل دار واحد لولاية بعضهم على بعض بخلاف ما اذا كانا من اهل دارين
كالترك مع الروم حيث لم تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية بينهما بخلاف
الذمي مع المستامن حيث تقبل شهادة الذمي عليه وان اختلف الدار بينهما لان
للذمي شرفا على المستامن لقربه الى الاسلام فتقبل وتقبل شهادة العدو بسبب
الدين لان ذلك عين تدين والمانع من القبول ترك ما يكون دينا كما في العداوة
الدنيوية على ما نقدم وتقبل شهادة من الم من اللمم وهي الصغيرة يقال الم اذا ارتكب
بصغيرة ان اجتنب الكبائر ولا يترك الفرائض ولا يصر على الصغائر وغلب صوابه
بان كان اتيانه ما هو مادون شرعا اكثر من المامه بالصغائر لانه لو لم تقبل شهادته
لادى الى تضييع اكثر حقوق الناس بسد باب الشهادة وتقبل ايضا شهادة الاقلف

لان الختان سنة عندنا وترك السنة لا يمنع العدالة الا اذا تركها استخفافا بالدين
فانه لا يبقى عدلا بل مسلما كذا في العناية وفي قاضيخان ولا تقبل شهادة الاقلف
وهو الكبير الذي ترك الختان بغير عذر فان كان يعرف ان الختان سنة الا انه
تركه لخوف الهلاك على نفسه لا يبطل عدالته ويؤكل ذبيحته وهكذا ذكره في الخلاصة
ثم فسر العذر المبيح لترك الختان بالكبر وخوف الهلاك وهل للختان وقت معين
فيه اختلاف فعن ابي ح انه لم يقدر له وقتا معينا وقدره بعض المتاخرين
من سبع سنين الى عشرة وبعض قدره باليوم السابع وتقبل ايضا شهادة الخصي
لما روي ان عمر قبل شهادة علقمة الخصي ولانها قطعت ظلما فلا يمنع عدالته وولد الزنا
ايضا لان فسق الابوين لا يربو على كفرهما وكفرهما غير مانع لشهادة الابن ففسقهما
اولى وتقبل شهادة الخنثى ايضا لانه اما رجل او امراة وشهادة الجنسين مقبولة
بالنص وليشهد مع رجل وامراة للاحتياط وينبغي ان لا تقبل شهادته في الحدود
والقصاص كالنساء لاحتمال ان تكون امراة كذا في العناية قال في الخلاصة
والخنثى المشكل لا تقبل شهادته مع رجل او امراة ولو شهد مع رجل وامراة تقبل
انتهى وهكذا في البزازية وشهادة العمال ايضا قال فخر الاسلام المراد بالعمال ههنا
عمال السلطان الذي يعينونه في اخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكوة السوائم
لان نفس العمل ليس بفسق فان اجلاء الصحابة كانوا عمالا ولا يظن بهم فعل ما يقدح
في العدالة الا اذا كانوا اعوان السلطان معينين على الظلم فانه لا تقبل شهادتهم
الا اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه فان المجازف في
كلامه لا تقبل شهادته كذا في العناية ثم قال وقيل المراد بالعمال ههنا الذين يعملون
بايديهم ويواجرون انفسهم لان من الناس من قال لا تقبل شهادتهم فيكون المراد
بايراد قبول شهادتهم ردا عليهم وتقبل ايضا شهادة المعتق اسم فاعل او مفعول وكذا
قوله لمعتقه وهذا لانه لا تهمة بينهما لعدم البسوطة بينهما في المال فتقبل شهادة
احدهما للاخر والمعتبر حال الشاهد وقت الاداء لا التحمل كذا في المختار وعلله
في الاختيار بان العمل بها والالزام معها انما كان وقت الاداء فيعتبر الاهلية والولاية
عنده ايضا انتهى واعلم ان للشهادة ثلاثة احوال على ما صرح به في الخلاصة والبزازية

وغيرها حالة التحمل وحالة الاداء وحالة القضاء فابو ح ومحمد اعتبرا في الاهلية
حال الشاهد في الحالات الثلث وابو يوسف اعتبر حاله في حالة التحمل على ما صرح
به في العناية في مسئلة عدم قبول شهادة الاعمى حيث قال فالمعتبر عند ابي
يوسف الابصار عند التحمل وعندهما استمراره الى وقت القضاء حتى لو عمي بعد
الاداء قبل القضاء امتنع القضاء انتهى ثم قال وجه قولهما ان ما يمنع الاداء يمنع القضاء
ايضا والعمى بعد التحمل يمنع الاداء عندهما فكذا يمنع القضاء كالخرس والجنون
والارتداد بعد الاداء قبل القضاء فانها تمنع الاداء بالاتفاق وعند ابي يوسف
العمى بعد الاداء لا يمنع الاداء فلا يمنع القضاء ايضا وقال في الخلاصة ولو كان
بصيرا عند التحمل ثم عمي عند الاداء لا تقبل في الحدود وفي غيرها كذلك عندهما
وعند ابي يوسف تقبل وللشهادة ثلاثة احوال حالة التحمل وحالة الاداء
وحالة القضاء فاذا وجد العمى في احدى الاحوال الثلاث يمنع القضاء وعند
ابي يوسف ان وجد في حالة التحمل يمنع والا فلا انتهى فظهر ان المعتبر عندهما
استمرار الاهلية من حالة التحمل الى حالة القضاء واما وجودها في حالة
التحمل فقط ثم عرض المانع فغير كاف عندهما خلافا لابي يوسف فانه كاف
عنده فكلام المص والمعتبر في اهلية الشهادة حال الشاهد وقت الاداء لا التحمل
لا بد فيه من التاويل بان يقال مراده الاحتراز عن قول ابي يوسف وهو الاعتبار
حالة التحمل فقط لا حصر الاعتبار وقت الاداء لم يقل به واحد من ائمتنا ثم هذا
الخلاف فيما اذا وجد الاهلية وقت التحمل ثم زالت بالعمى واما اذا وجد العمى وقت
التحمل ثم زال وصار بصيرا فلا تقبل شهادته بالاتفاق الا فيما يجوز الشهادة
فيه بالسماع ويدل عليه ما ذكرناه من الخلاصة اعني قوله فاذا وجد العمى
في احدى الاحوال الثلث يمنع القضاء وعند ابي يوسف ان وجد في حالة
التحمل يمنع فان قيل قد ذكر في الخلاصة ايضا قبيل هذه المسئلة الاعمى
اذا شهد فردت شهادته ثم صار بصيرا فشهد في تلك الحالة دته تقبل انتهى
وهذا يخالف ما ذكرت من انه اذا صار بصيرا بعد العمى وقت التحمل لا تقبل شهادته
قلنا ليس المراد بهذه المسئلة ان العمى وقت التحمل ابتداء اذا شهد فردت شهادته

ثم صار بصيرا فشهد بل مراده والله اعلم ان من تحمل الشهادة حال كونه بصيرا ثم عمي وشهد
فردت شهادته على مذهب ابي ح ومحمد ثم صار بصيرا فشهد في تلك الحادثة تقبل
شهادته بالاتفاق لانه بصير بصيرا في الحالات الثلث ومن فروع مسئلة
الكتاب ايضا عبد شهد فردت شهادته ثم عتق فشهد في تلك الحادثة تقبل
شهادته ان كان عدلا وهو احد محتملات قوله والمعتق لمعتقه ومنها ايضا كافر
شهد على مسلم فردت شهادته ثم اسلم فشهد في تلك الحادثة تقبل ومنها صبي شهد
في حادثة فردت شهادته ثم بلغ فشهد في تلك الحادثة تقبل لوجود الاهلية
وقت الاداء فان قيل ذكر في النصاب وغيره المولى اذا شهد لعبده فردت ثم شهد
بها له بعد العتق لا تقبل وقد وجد الاهلية هنا ايضا فلم لم تقبل هنا اجيب بان
المردود هنا شهادة فلا تقبل بعد الرد بخلاف المسائل المتقدمة فان المردود
فيها ليست بشهادة فتقبل الشهادة فيها ومن هنا قالوا لو ردت شهادته بفسق
ثم تاب ثم شهد في تلك الحادثة لم تقبل لان المردود هنا ايضا شهادة قال في
الحاوي القدسي وان ردت الشهادة لفسق ثم تاب لم تقبل شهادته في ذلك وتقبل
في غيره انتهى ولو شهدا اي الابنان ان اباهما اوصى الى زيد اي جعله وصيا وزيد
يدعيه قبلت شهادتهما استحسانا ان كان الموت معروفا والقياس عدم القبول
لتهمة عود المنفعة اليهما بنصب من يقوم باحياء حقوقهما ووجه الاستحسان انها
ليست شهادة حقيقة لانها هي التي توجب على القاضي ما لا يتمكن منه بدون هذه الشهادة
وهذه ليست كذلك لتمكن القاضي من نصب الوصي بدونها اذا رضي الوصي والموت
معروف حفظا لاموال الناس والايتام بل هي دافعة لمؤنة تعيين القاضي الوصي
فصار كالقرعة في عدم الحجية اولى بل لا شهادة هنا اصلا لان الشهادة لا بد
وان تقوم على المدعى عليه ولم يوجد هنا لان الوصي انما يدعي الوصاية على الابنين
فاقرا فكان من قبيل ما ثبت بالاقرار لا بالبينة وان انكر زيد ذلك او لم يعرف
الموت فلا تقبل شهادتهما قياسا واستحسانا لانه ليس للقاضي في شيء في هاتين
الصورتين ولاية نصب الوصي فكانت هي الموجبة لها والتهمة تردها ولو شهدا اي
الابنان ان اباهما الغائب وكله اي وكل زيدا بقبض ديونه في الكوفة مثلا لا تقبل

شهادتها

شهادتهما وان وصلية ادعاها اي وان ادعى زيد الوكالة لان القاضي لا يملك نصب
الوكيل عن الغائب غير المفقود فلو ثبت هذه الولاية للقاضي فانما ثبتت بشهادتهما
فكانت موجبة لها وتهمة الولاد تردها واعلم ان المص رحمه الله ترك هنا قيدين
لا بد من ذكرهما احدهما ان يجحد المطلوب بالدين الوكالة والثاني قبض ديونه
الا تقييد الوكالة بقبض ديونه اما الاول فلان المطلوب بالدين اذا اقر الوكالة
جازت شهادة الابنين على ما صرح به في البحر واما الثاني فللفرق بين هذه المسئلة
وبين مسئلة ذكروها في باب الوكالة ان من وكل رجلا بالخصومة في دار
بعينها وقبضها فغاب فشهد ابناء الموكل ان اباهما وكل هذا الرجل بالخصومة في
هذه الدار وقبضها لا تقبل شهادتهما سواء جحد المطلوب الوكالة او اقر بها ووجه
الفرق ان في مسئلة الدين المطلوب به اذا كان مقرا بالوكالة يجبر على دفع المال
باقراره بدون الشهادة وانما اقامت الشهادة لابراء المطلوب عند الدفع الى
الوكيل اذا حضر الطالب وانكر الوكالة فكانت هذه الشهادة على ابيهما لا لهما
فتقبل وفي مسئلة الوكالة بالخصومة في الدار المطلوب وان كان مقرا لا يجبر
على دفع الدار الى الوكيل بحكم اقراره وانما يجبر عليه بالشهادة فكانت الشهادة
لابيهما لا عليها فلا تقبل ثم اعلم انهم قالوا ان البينة على المقر لا تسمع بل انما تسمع على
المنكر واستثنوا منها سبع مسائل علمها ذكر في الاشباه الاول وارث مقر بدين
على الميت فتقام البينة عليه للتعدي الى سائر الورثة هل تقبل شهادة هذا المقر
من الورثة بالدين على وارث اخر قالوا تقبل قال في شهادات البزازية مات
الرجل عن ورثة فاقر وارثاه بدين على الميت لرجل ثم شهدا بهذا الدين لذلك الرجل
عند القاضي قبل ان يلزم القاضي باقرارهما الدين في حصتهما من التركة تقبل لان
بمجرد اقرارهما قبل القضاء عليهما لا يحل الدين في قسطهما وان قضي عليهما باقرارهما
ثم شهدا به له عليه لا يقضى بشهادتهما لانهما يريدان ان يحولا بعض ما لهما على ما
في الورثة فكانت جر مغنم ودفع مغرم انتهى الثاني مدعى عليه اقر بالوصاية للوصي
فبرهن الوصي الثالث ما ذكرناه وهو مدعى عليه اقر بالوكالة فبرهن الوكيل دفعا
للضرر عن نفسه وقال في الفصولين فهذا يدل على جواز اقامة البينة مع الاقرار

في كل موضع يتوقع الضرر من غير المقر لولا اقامة البينة فيكون هذا اصلا انتهى
الرابع في دعوى الاستحقاق تقبل البينة على الاستحقاق مع اقرار المستحق عليه
للتمكن من الرجوع على بايعه الخامس لو خوصم الاب بحق عن الصغير فاقر لا يخرج عن
الخصومة ولكن تقام البينة عليه مع اقراره بخلاف الوصي وامين القاضي اذا اقرا
خرجا عن الخصومة السادس لو اقر الوارث للموصى له واقام الموصى له البينة فانها تسمع
مع اقراره السابع اجر دابة بعينها من رجل ثم من اخر فاقام الاول البينة فان كان
الاجر حاضرا تقبل عليه البينة وان كان مقرا بما يدعيه هذا المدعي وان كان غائبا
لا تقبل ولو شهد وابنا ميت انه اي الميت اوصى الى زيد اي جعله وصيا وهو اي زيد
يدعيه اي جعله وصيا قبلت استحسانا لو كانت الموت معروفا لما ذكرناه عند قوله
ولو شهدا ان اباهما اوصى الى زيد وزيد يدعي وكذا لو شهد مديوناه اي مديونى
الميت انه جعله وصيا فانها قبلت شهادتهما استحسانا مع اقرار الوصي وان لم يكن
الموت معروفا ههنا لانهما يقران على انفسهما بالمال فثبت الموت في حقهما باعترافهما
وان لم يكن ثابتا في نفس الامر وهذا هو الثاني الذي ذكرنا . في المستثنيات المذكورة
او شهد من اوصى لهما اي من جعل موصى لهما يعني اذا شهد الموصى لهما ان الميت جعل زيدا
وصيا لهما ولم ينكر الوصي ذلك بل اقره وكان الموت معروفا ايضا قبلت شهادتهما
استحسانا لما مر ايضا او وصياه اي لو شهد وصيان للميت انه جعل هذا الثالث
وصيا معهما ولم ينكره الثالث بل ادعاه قبلت شهادتهما استحسانا لما مر ايضا فان قيل
اذا كان للميت وصيان فلا حاجة للقاضي الى نصب ثالث بل لا مساغ له في ذلك
فلو ثبت هذه الولاية للقاضي تثبت بشهادتهما فكانت موجبة وتهمة جر النفع للوصيين
تردها اجيب بان الوصيين اذا اعترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما بثالث
معها اعتراف بعجزهما عن التصرف فروع شهد الوصي للصبي بعد العزل لا تقبل ولو
الكبار قبلت وان في حال الوصاية كذا في الثاني من شهادات البزازية ثم قال
وكله بطلب الف درهم قبل فلان وبالخصومة فخاصم عند غير القاضي ثم عزل
الوكيل قبل الخصومة في مجلس القضاء ثم شهد الوكيل بهذا المال لموكله يجوز وقال
الثاني لا يجوز بناء على ان نفس التوكيل قام مقام الموكل وشهادة الوصي للميت اذا خاصم

لا يقبل والا يقبل وكله بالخصومة عند القاضي فخاصم المطلوب بالف درهم عند
القاضي ثم اخرجه الموكل عنها فشهد الوكيل اي للموكل على المطلوب مائة دينار
تقبل ولو وكله عند غير القاضي فاشهد على الوكالة فخاصم المطلوب بالف وبرهن
على الوكالة ثم عزله الموكل عنها فشهد له على المطلوب بمائة دينار مما كان له عليه
بعد القضاء له بالوكالة لا تقبل لان الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل
خصما في حقوق الموكل على غرمائه فشهادته بعد العزل شهادة الخصم فلا تقبل
بخلاف الاول لان القاضي علم بوكالته وعلمه ليس بقضاء فلم يتصل القضاء
بوكالته فلا يصير خصما فتقبل في غير ما صار خصما بخلاف ما اذا اتصل القضاء
بوكالته لانه صار خصما في جميع حقوقه وان خاصمه في غير مجلس القضاء
ثم عزله فشهد تقبل اتفاقا خاصم الوكيل المطلوب في حق الف درهم لموكله
عليه ثم عزله عنها ثم شهد له بالف دينار ان الوكالة عامة والدنانير واجبة
قبل العزل لا تقبل ولو وجبت بعد العزل تقبل والحاصل في الوكالة العامة
بعد الخصومة لا تقبل شهادته لموكله على المطلوب ولا على غيره الا في القائمة
ولا في الحادثة الا في الواجب بعد العزل ثم قال فيها ايضا وانما شهادة الوصي
بحق للميت على غيره بعد ما اخرجه القاضي عن الوصاية قبل الخصومة او بعدها
لا تقبل وكذا لو شهد الوصي بحق للميت بعد ما ادرك الورثة لا تقبل ولو شهد لبعض
الورثة على الميت ان كان المشهود له صغيرا لا يجوز اتفاقا وان بالغا فكذلك
عنده وعندهما يجوز انتهى ثم ذكر بعد هذا شهد البايع للمشتري بان الشفيع
سلم الشفعة بعد ما سلم البايع الدار الى المشتري لا تقبل لانه بنفس البيع صار
خصما فصار كالوكيل خاصم ثم عزل انتهى ولا تقبل الشهادة على جرح مجرد الجرح
اما مجرد او غير مجرد لانه اما ان يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم او لا فان كان
الثاني هو المجرد لتجرده عما يدخله تحت حكم الحاكم وان كان الاول هو الجرح الغير
المجرد فالمص رحمه الله بين المجرد بما يصدق عليه هذا المفهوم ثم مثل بامثلة
جزئية فقال وهو اي الجرح المجرد ما يفسق به شهود المدعي من غير ايجاب بحق
للشرع او للعبد لان مجرد التفسيق من غير ايجاب حق من حقوق الله او من حقوق

العباد لا يدخل تحت حكم الحاكم لان الفاسق له ان يرفع فسقه بالتوبة ولعله قد تاب
في مجلسه او قبله فلا يمكن الزام القاضي بالشهادة عليه وكل شاهد لا يمكن للقاضي
ان يلزم به غير مقبول فهذا غير مقبول ولان في هذه الشهادة هتك حرمة الستر
واشاعة الفاحشة من غير ضرورة وهو حرام فيكون الشاهد به فاسقا فلا تقبل
شهادته فان قيل فيه ضرورة وهو منع الظالم عن الظلم بالشهادة الكاذبة فينبغي
ان يجوز لمحل الضرورة اجيب عنه بان الضرورة تندفع بان يقول للقاضي سرا
انه فاسق مثلا ولا يظهره في مجلس القاضي في اعين الناس فان قيل ان شهادتهم
على الجرح المجرد غير مقبولة قبل التعديل والتزكية سرا وعلنا وبعدهما على ما صرح
به في البحر فعلى هذا فلم لا يجوز ان يكون شهادتهم على الجرح المجرد واخبارهم عن
فسق الشهود قبل التعديل والتزكية من قبيل التعديل والتزكية العلانية فتقبل
شهادتهم على الجرح المجرد كتزكية العلانية فالجواب عنه بوجهين احدهما ان شرط
التزكية العلانية في زماننا ان يقول لا اعلم حاله او يعلم القاضي سرا بذلك
اذا ساله القاضي احترازا عن العداوة واظهار الفاحشة وليس فيما نحن فيه
ذلك والثاني ان ذلك منهم قبل تعديل شهود المدعي للطعن في عدالتهم لا لثبوت
امر يسقطهم عن قبول شهادتهم ولذا لو عدلوا بعده تقبل شهادتهم فلو قبل شهادتهم
قبل التعديل على الجرح المجرد لما قبل شهادتهم بعد التعديل كذا في البحر نحو هو فاسق
او اكل ربوا وهذا لانه جرح مجرد لعدم ايجاب حق عليه فلا تقبل الشهادة عليه
لما تقدم من الوجهين من عدم دخوله تحت حكم الحاكم ومن هتك حرمة الستر او انه
اي المدعي استاجرهم اي الشهود يعني لو قال المدعى عليه ان المدعي استاجرهم واقام
البينة لا تقبل لانه جرح مجرد ولانه لم يدع قبله حقا يمكن القضاء به ودعوى الاستيجار
وان كانت دعوى صحيحة في نفسها لكنه يدعيها لغيره وليس له ولاية الزام غيره
فلم تكن صحيحة هنا فلم يبق الا جرح مجرد فلا تقبل البينة عليه لما تقدم قال في الزيلعي
نقلا عن الكافي ان المدعى عليه لو اقام البينة على اقرار الشهود انهم شهدوا بالزور او
على اقرارهم انهم اجراء في هذه الشهادة او على اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه
الدعوى او على اقرارهم انهم لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة لم تقبل الشهادة

وكذا

وكذا لو اقام البينة ان الشهود زناة او شربة خمر لا تقبل ولو اقام البينة انهم زنوا ووصفوا
الزنا او شربوا الخمر او سرقوا مني كذا ولم يتقادم العهد تقبل شهادتهم هكذا ذكره في
الكافي وقال انما قيده بكونه غير متقادم العهد لانه لو كان متقادما لا تقبل لعدم
اثبات الحق لان الشهادة بحد متقادم مردودة ثم بين الفرق بين قوله ان الشهود
زناة او شربة خمر وبين قوله انهم زنوا ووصفوا الزنا او سرقوا مني او شربوا
الخمر حيث لم يقبل في الاول وقبلت في الثاني بان الاول محمول على ما اذا تقادم العهد
والثاني على ما اذا لم يتقادم والا فلا فرق بينهما وذكر ايضا نقلا عن الخصاف
ان الشهادة على الجرح المجرد مقبولة كالشهادة على غير المجرد ولما كان هذا مخالفا
لما ذكر في عامة الكتب اوله وقال تاويله اذا اقاموها على اقرار المدعي بذلك اي
بذلك الجرح او على التزكية يعني انه من قبيل التزكية علنا قلت تاويله الثاني
ليس بشيء لما ذكرناه انفا من الجوابين وذكر الامام قاضيخان المسائل التي ذكرناها
انها لا تقبل البينة لكونها على جرح مجرد ثم قال لم تقبل فيها شهادة شهود المدعى عليه
ولا يثبت الجرح عند علمائنا ثم قال وذكر الخصاف انها تقبل وهو قول ابن ابي ليلى
والشافعي والصحيح مذهبنا لوجوه منها ان شاهد الجرح فاسق باظهار الفاحشة
من غير ضرورة ولما ذكر تفسير الجرح المجرد وامثلته اراد ان يذكر الجرح الغير المجرد
فقال وتقبل اي شهادة شهود المدعى عليه على اقرار المدعي بفسقهم اي فسق شهوده
وانما يقبل هذا لان اقرار المدعي بفسق شهوده مما يدخل تحت حكم الحاكم لان معنى
الشهادة على هذا الاقرار اثبات ان لا حق للمدعي على المدعى عليه وليس في هذه
الشهادة اظهار الفاحشة حتى يمنع القبول بل انما حكوا الفاحشة عن المدعي
والحاكي ليس كالمظهر وتقبل ايضا شهادة شهود المدعى عليه على انهم اي شهود المدعي
عبيد لانها قامت على اثبات حق العبد وهو الرق وفيه اثبات حق الله تعالى ايضا
وهو سلب الولاية عنهم في ضمن اثبات الرق عليهم او محدودون في قذف
لان فيها اثبات حق الله تعالى وهو كمال الحد اي رد الشهادة وليس فيه اظهار الفاحشة
وانما حكوا عن شهود القذف كذا في قاضيخان او شاربوا الخمر او قذفة لان فيها
اثبات حق الله تعالى وهو حد الشرب والقذف واظهارهم في هذه الشهادة الفاحشة

جائز لضرورة ايجاب حق الله تعالى واقامة الحسبة واعلم انا قد ذكرنا نقلا عن الكافي
ان المدعى عليه لو اقام البينة ان شهود المدعى زناة او شربة خمر لا تقبل ولو اقام
على انهم زنوا او وصفوا الزنا او شربوا الخمر او سرقوا مني تقبل وهكذا ذكره الامام
قاضيخان ثم قال في وجه الفرق بينهما انما تقبل في الثاني على الجرح لان شهود الجرح
وان اظهروا الفاحشة فانما اظهروا لايجاب الحد واقامة الحسبة فجازت شهادتهم
وقد تقدم منا ان الزيلعي فرق بينهما بتقادم العهد وعدم تقادمه فالمصرح لو
قال او شربوا الخمر او قذفوا الكان اولى او شركاء المدعى لان فيها اثبات التهمة
بالشركة قال في الخلاصة للخصم ان يطعن الشاهد بثلاثة اشياء ان يقولها
عبدان او محدودان في قذف او شريكان للمدعى فاذا قالها عبدان يقال للشاهد
اقم البينة على الحرية وفي الاخيرين يقال للخصم اقم البينة انها كذلك انتهى او شهد
المدعى عليه انه اى المدعى استاجرهم لها اى للشهادة بكذا مالا واعطاهم ذلك
من ماله الذى كان عنده لان فيها اثبات الخصومة في ذلك المال والجرح انما
يثبت بناء على هذه الخصومة بخلاف ما لو شهدوا ان المدعى استاجرهم فقط
فانها لا تقبل لكونه جرحا مجردا على ما تقدم او انه صالحهم اى الشهود بكذا من المال
ودفعه اليهم على ان لا يشهدوا عليه بهذا الزور فشهدوا عليه فانها تقبل لما فيها من اثبات
مطالبتهم برد المال الذى اعطاهم وهذه كلها جرح غير مجرد لايجابه حقا للشرع
او للعبد فتقبل الشهادة فيها وفي البحر ان قولهم اذا تضمن الجرح حقا من حقوق
الشرع لم يكن مجردا شامل لما اذا تضمن التعزير حقا لله تعالى فعلى هذا لو برهن
ان شاهد المدعى زنى باجنبية تقبل المتضمنة اثبات التعزير لكن الظاهر ان مرادهم من
الحق الحد فلا يدخل التعزير بقولهم وليس في وسع القاضي الزامه لانه يدفعه بالتوبة
لان التعزير حقا لله تعالى يسقط بالتوبة بخلاف فانها لا تسقط بها فوضح الفرق
ويدل عليه انهم مثلوا للجرح المجرد باكل الربوا مع انه يوجب التعزير وباقرارهم بالزور
مع انه يوجب التعزير انتهى ومن شهد ولم يبرح اى لم يزل عن مجلس القضاء حتى قال
اوهمت اى اخطأت بعض شهادتي بنقصان او بزيادة قبل ان كان عدلا يعني
لو شهد عند القاضي وقال اخطأت وتركت بعضها يجب على اتيانه او اثبت ما لا يجوز

اثباته لي فاما ان يقول ذلك في مجلس القاضي او بعد ما قام عنه ثم عاد اليه وعلى كل
من التقديرين اما ان يكون عدلا او غير عدل والمتدارك اما ان يكون موضع شبهة
التلبيس والتغيير من احد الخصمين اولا فان كان غير عدل ترد شهادته مطلقا
سواء قاله ذلك في مجلس القاضي او بعده وفي موضع الشبهة اولا وان كان
عدلا قبلت شهادته في موضع غير الشبهة مثل ان يدع لفظة الشهادة وما
يجري مجراه مثل ان يترك ذكر اسم المدعى والمدعى عليه او الاشارة بل احدهما
سواء كان في مجلس القضاء او غيره لكن تدارك لفظة الشهادة انما يتصور
قبل القضاء اذ من شرط القضاء تكلم الشاهد لفظة الشهادة وان كان في موضع
شبهة التلبيس كما اذا شهد بالف ثم قال غلطت بل هي خمسمائة او بالعكس فانها
تقبل اذا قال في المجلس بجميع ما شهد اولا عند بعض المشايخ لان المشهود له استحق
القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله اوهمت
وبما بقي او زاد عند آخرين لان الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس
كالمقرون باصلها والى هذا مال شمس الائمة السرخسي وهذا التدارك يمكن ان
يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها لان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس
القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو قبل البراح من
مجلس القضاء مع كونه عدلا واما بعد ما قام عن المجلس فلم تقبل لايهامه الزيادة
من المدعى باطماع الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعى عليه بمثل ذلك
فلا تقبل احتياطا واذا اعتبر المجلس في دعوى التوهم من الشاهد فلو غلط
في ذكر بعض الحدود فذكر الشرقي في مكان الغربي او في بعض النسب كان
ذكر محمد بن احمد بن عمر بدل محمد بن علي بن عمر مثلا فان تداركه قبل البراح عن
المجلس قبلت والا فلا وعن ابي يوسف انه يقبل مطلقا بعد ان كان عدلا كذا
كذا في العناية وقال في القنية رامزا للقاضي عبد الجبار وعين الائمة الكرابيسي
شهدوا ثم تذكروا الفاظا تركوها وذكروا ذلك اللفظ تقبل اذا لم يكن فيه مناقضة
ثم قال نقلا عن استاده اطلق في الجامع الصغير والمحيط انه اذا لم يبرح عن
مكانه جاز ذلك اذا كان عدلا ولم يشترط عدم المناقضة وانه شرط حسن

ثم قال واحرز للقاضي عبد الجبار والفتاوى النسفي ادعى واقام عليه شهودا فكان في
الدعوى او الشهادة او فيهما خلل فاعاد تلك الدعوى و الشهود في مجلس اخر بدون
الخلل لا يقبل وان لم يكن بين الثاني والاول تناقض لان الظاهر انهم زادوه بتلقين
انسان اياهم تزويرا او احتيالا واليه اشار محمد بقوله في الجامع الصغير فلم يبرح
حتى يقول اوهمت جازت شهادته **تتمة** في ان الشهادة الواحدة هل تقبل التجزي
ام لا عند ابي يوسف تقبل وعند محمد لا لما في قاضيخان رجل مات واوصى
لفقراء جيرانه بشيء وانكر الورثة وصيته فشهد على الوصية رجلان من جيرانه
لهما اولاد محتاجون قال محمد لا تقبل شهادتهما لانهما شهدا لاولادهما فيما يختص
اولادهما فبطلت شهادتهما في ذلك واذا بطلت في حق الاولاد بطلت
اصلا لان الشهادة واحدة كما لو شهدا على رجل انه قذف امهما وفلانة لا تقبل
شهادتهما وذكر محمد في وقف الاصل اذا وقف على فقراء جيرانه و شهد بذلك
فقيران من جيرانه جازت شهادتهما قال الفقيه ابو الليث ما ذكر في الوقف
قول ابي يوسف اما على قياس قول محمد ينبغي ان لا يقبل في الوقف ايضا لان
عند ابي يوسف يجوز ان يبطل الشهادة في البعض وتبقى في البعض وعلى
قول محمد لا تقبل اصلا وما ذكر في الوقف محمول على ما كان جيرانه كثيرا لا يحصون
وما ذكر في الوصية محمول على ما اذا كانوا قليلين يحصون فان محمدا ذكر في
الزيادات لو ان سرية رجعت الى دار الاسلام باسارى فقالت الاسارى نحن
من اهل الاسلام او من اهل الذمة اخذنا هؤلاء في دار الاسلام وقالت
السرية هم من اهل الحرب كان القول قول الاسارى لان ثبوت اليد عليهم لم يعرف
الا في دار الاسلام ودار الاسلام دار عصمة فكل من كان فيها يكون معصوما ظاهرا
فان اقامت السرية بينة على دعواهم ان كان الشهود من التجار جازت شهادتهم
وان كانوا من السرية لا يقبل ولو كانت المسئلة على هذا الوجه في الجند فشهد
بعض الجند بذلك جازت شهادتهم لان السرية قوم يحصون فكانت شهادة
على حق نفسه اما الجيش فهو جمع عظيم فلا يعتبر جمعهم مانعا من الشهادة ولو
اوصى بشيء من ماله لمسجد حيه وانكر ورثته ذلك فشهد بذلك بعض اهل المسجد

جازت

جازت شهادتهم وكذا لو شهدوا على وقف الجامع او على بناء السبيل جازت شهادتهم
واختلفوا في شهادة بعض اهل المسجد قال بعضهم انه لا يقبل شهادة اهل المسجد
وقال بعضهم انه يجوز هذه الشهادة منهم الامام الزاهد ابو بكر اخرج الرواية من
الوقف واما اصحاب المدرسة اذا شهدوا بالوقف على المدرسة قال بعضهم ان كان
الشاهد يطلب لنفسه حقا من ذلك لا يقبل شهادته وان كان لا يطلب تقبل وقاسوا
على مسئلة الشفعة دار بيعت ولها شفعاء فانكر البايع البيع فشهد بذلك
بعض الشفعاء ان كان لا يطلب الشفعة وقال ابطلت شفعتي جازت شهادته
وان كان يطلب الشفعة لا تقبل شهادته وقال مولانا وعندي هذا بخلاف
الشفعة مما يحتمل الابطال فاذا قال ابطلت بطلت شفعته اما الوقف على
المدرسة فمن كان فقيرا من اصحاب المدرسة يكون مستحقا للوقف استحقاقا
لا يبطل بابطاله فانه لو قال ابطلت حقي كان له ان يطلب ويأخذ بعد ذلك
فكان شاهدا لنفسه فيجب ان لا تقبل شهادته وعن بعض المشايخ اذا شهد اثنان
من اهل سكة على وقف تلك السكة ان كان الشاهد يطلب لنفسه حقا لا تقبل
شهادته وان كان لا يطلب تقبل **باب الاختلاف** اطلقه فشمل الاختلاف
بين الدعوى والشهادة والاختلاف بين الشاهدين والاختلاف بين الطائفتين
وفي هذا الفصل اشار المص رحمه الله الى كل من المواضع الثلاث على ما ستطلع
عليه واعلم انه ينبغي ان يعلم اولا ان الموافقة في اي شيء يلزم حتى يكون
الاختلاف في ذلك الشيء مانعا عن قبول الشهادة ففي العناية ان الموافقة
بين الدعوى والشهادة هو ان يتحدا نوعا وكما وكيفا وزمانا ومكانا وفعلا
وانفعالا ووضعا وملكا ونسبة فانه اذا ادعى على اخر عشرة دنانير وشهد
الشاهد بعشرة دراهم او ادعى عشرة دراهم وشهد الشاهد بثلثين او ادعى
سرقة ثوب احمر وشهد الشاهد بابيض او ادعى انه قتل وليه يوم النحر بالكوفة
وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة او ادعى شق زقه واتلاف ما فيه وشهد
بانشقاقه عنده او ادعى عقارا بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي
منه او ادعى انه ملكه وشهدا انه ملك ولده او ادعى انه عبده ولدته الجارية الفلانية

وشهد بولادة غيرها ففي الكل منها لم تكن الشهادة موافقة للدعوى انتهى قلت ليس
مراده ان الموافقة في هذه الامور كلها بين الدعوى والشهادة شرط في كل
موضع بل مراده ان الموافقة بين الدعوى والشهادة في هذه الامور شرط في
كل موضع تتصور الموافقة فيه في شيء من تلك الامور وهذا لان المدعى به
لا يخلو اما ان يكون عينا او قولا محضا من العقود كالطلاق والبيع والوكالة
والوصاية والرهن والعتاق والدين والبراءة والكفالة والحوالة او يكون فعلا
ملحقا بالقول كالقرض او يكون قولا ملحقا بالفعل كالنكاح او يكون فعلا محضا
كالجناية والغصب والقتل او يكون فعلا يتم بالفعل كالهبة والصدقة
والرهن فانها تتم بالقبض وهو فعل ايضا او يكون قذفا ففي الاول اعني
دعوى العين شرطت الموافقة بينها في كل من الامور المذكورة وفي الثاني
اعني دعوى ما يكون قولا محضا من العقود لا يشترط الموافقة فعلا وانفعالا
لا وصفا ونسبة لعدم تصورها فيه والحاصل ان المشروط في كل موضع
ما يتصور وجوده فيه من تلك الامور وسيأتي تفصيله ثم المدعى به ان كان
دينا فالمشهود به اما ان يكون موافقا او اقل منه او اكثر ففي الاول والثاني
تقبل الشهادة بغير دعوى التوفيق لوجود الموافقة بينها في الصورتين لان
المطابقة هنا اعني بين الدعوى والشهادة اعم من الموافقة والمماثلة وكون
المشهود به اقل من المدعى به على ما في البحر نقلا عن فتح القدير ومن فروع
ذلك ما اذا ادعى الفا وخمسمائة فشهد بالخمسمائة يقضي بخمسمائة من غير
دعوى التوفيق للمطابقة بينها في ذلك الاقل وكذا لو ادعى الفا وشهدوا
بخمسمائة يقضي بخمسمائة للمطابقة فيها هذا بالاتفاق بخلاف ما اذا ادعى الفا
فشهد احدها بالف والاخر بخمسمائة حيث لا يقضي فيه بشيء في قول الحج
لان عنده اتفاق الشاهدين على المشهود به لفظا ومعنى شرط ولم يوجد
بخلاف ما تقدم لان ثم اتفق الشاهدان على خمسمائة والموافقة بين الدعوى
والشهادة لفظا ليس بشرط عنده فتقبل شهادتها على خمسمائة بلا دعوى
التوفيق ولو ادعى خمسة عشر فشهد احدها بخمسة عشر والاخر بعشرة لا يقضي

بشئ عند الحج ايضا لان خمسة عشر كلمة واحدة تذكر بغير حرف العطف وهي غير العشرة
فلم يتفقا على شئ فلا تقبل بخلاف ما لو ادعى الفا وخمسمائة فشهد احدها بالف والاخر
بالف وخمسمائة فانه يقضي بالالف لان الفا وخمسمائة يذكر بحرف العطف فكانت
الالف مذكورة في شهادتهما فيقضي بما اتفقا عليه وهو الالف وان ادعى الفي
درهم فشهد احدها بالف والاخر بالفين لم تقبل على قول الحج لان الالف غير الالفين
فلم يتفقا على شئ كذا في قاضيخان وفي القنية قع ادعى مهر اخته خمسين دينارا
نيسابورية وشهد شهوده بخمسين محمودية تقبل لانهم شهدوا بالاقل وعلى العكس
لا تقبل فظم ادعى النيسابورية وشهدوا بالمحمودية لا تقبل قال استاذنا
لعل انه اعتقد ان المحمودية خير من النيسابورية انتهى بعنخ بكون الشهادة على
الاكثر فلا تقبل ثم قال فيها ادعى على اخر دينا بسبب وشهدوا بالدين مطلقا تقبل
على قول ائمة بخارى باجمعهم وهو الصحيح على ما في دعوى قاضيخان وقيل لا تقبل
وهكذا ذكره في المحيط السرخسي واسند القول بعدم القبول الى الاوزجندي
وذكر في دعوى قاضيخان بعدما صحح قول ائمة بخارى رجل ادعى على رجل الفا
وقال خمسمائة منها ثمن متاع قد قبضته وخمسمائة منها ثمن عبد قد قبضته وجاء
بشاهدين فشهد احدها على خمسمائة ثمن عبد قد قبضه والاخر على خمسمائة ثمن
متاع قد قبضه جازت شهادتهما فيقضي للمدعي بالف وان لم يكن على كل خمسمائة
الا شهادة شاهد واحد وبشهادة الفرد لا يثبت السبب وكذا لو شهد احدها
بالالف بذلك السبب وشهد الاخر بالالف مطلقا وكذا لو شهد على اقراره بالف
بذلك السبب وشهد الاخر على اقراره بالف مطلق جازت شهادتهما انتهى
وذكر في القنية ايضا لو ادعى عليه خمسة دنانير بوزن سمرقند فشهدوا
فسألهم القاضي عن الوزن فقالوا بوزن مكة تقبل شهادتهم ان كان وزن
مكة مثل وزن سمرقند او اقل والا فلا وقال الامام السرخسي في المحيط اذا
ادعى رجل على اخر مائة قفيز حنطة بسبب السلم مستجمعا بشرائطه وشهد
الشهود ان المدعى عليه اقر ان له مائة قفيز حنطة ولم يزيدوا عليه فاختلفوا
فيه قيل لا تقبل شهادتهم وقيل تقبل والاول اصح وهكذا في الفصولين ايضا

واذا شهدوا على الاكثر من المدعى به لا تقبل بدون التوفيق والا يلزم ان يكذب المدعى
شهوده في حق الزيادة فلا تقبل اصلا واما اذا وفق يزول احتمال التكذيب
فتقبل شهادتهما في قدر المدعى به كما اذا ادعى الفا فشهدا بالف وخمسمائة او شهدوا
بالفي درهم لا تقبل شهادتهما بغير توفيق لتكذيب الشهود في الزيادة واما اذا وفق
فقال كان لي عليه الف وخمسمائة الا اني ابرأته عن خمسمائة او قال استوفيت منه
خمسمائة ولم يعلم به الشهود تقبل شهادتهم لانه وفق بين الدعوى والشهادة
بامر يحتمل وكذا في الالف والالفين وهل يحتاج الى اقامة البينة في اثبات التوفيق
ففي المحيط السرخسي وقاضيخان انه لا يحتاج الى البينة وعلله في قاضيخان بان
الشيء انما يحتاج الى اثباته بالبينة اذا كان شيئا لا يتم به ولا ينفرد باثباته كما لو
ادعى الملك بالشراء فشهد الشهود بالهبة فان ثم يحتاج الى اثباته بالبينة اما الابراء
فهو يتم به وحده ظاهر بالابراء او الاستيفاء صح اقراره ولا يحتاج الى اثباته
بالبينة لكن لا بد من دعوى التوفيق استحسانا والقياس ان التوفيق اذا كان ممكنا
يحمل عليه وان لم يدع التوفيق تصحيحا للشهادة وصيانة لكلامه وجه الاستحسان
ان المخالفة بين الدعوى والشهادة ثابتة صورة فان كان التوفيق مرادا تزول
المخالفة وان لم يكن مرادا لا يزول المخالفة فلا تزول بالشك فاذا ادعى التوفيق
ثبت التوفيق وزالت المخالفة وذكر الامام خواهر زاده ان محمدا شرط في بعض
المواضع دعوى التوفيق ولم يشترط في البعض وذلك محمول على ما اذا ادعى
التوفيق او ذلك جواب القياس فلا بد من دعوى التوفيق وكذا لو ادعى خمسمائة فشهد
له الشهود بالف فقال المدعي انما كان لي عليه خمسمائة وقد كانت الفا فقبضت منها
خمسمائة وصل الكلام او فصل تقبل شهادتهما على الخمسمائة لوجود التوفيق
بخلاف ما اذا قال لم يكن لي عليه الا خمسمائة فشهد الشهود على الف فانها لم تقبل
لعدم امكان التوفيق كذا في قاضيخان وقال الامام السرخسي في المحيط اذا ادعى
الغريم على صاحب المال انه ابراه او حلله وجاء بشهود شهدوا على اقرار صاحب
المال بالاستيفاء فان القاضي يسال الغريم عن البراءة والتحليل اذا كانت بالاسقاط
او بالاستيفاء فان قال كانت بالاستيفاء قبلت الشهادة لوجود الموافقة بين

الدعوى والشهادة وان قال كانت بالاسقاط لا تقبل لتحقق المخالفة وان سكت
ذكر محمد في الاصل انه لا يجبر على البيان لان الانسان لا يجبر على تحصيل حق
نفسه ولكن لا تقبل شهادة شهوده ما لم يوفق فقد رجع في هذه المسئلة في
البيان الى المدعي وفيما اذا ادعى الغريم الايفاء وشهد له شاهدان انه ابراه او حلله
ذكر انه تقبل شهادتهما ولم يقل رجع في البيان الى الشاهدين ان البراءة كانت
بالايفاء او بالاستيفاء وذكر في القنية نقلا عن محيط البرهاني ادعى المديون
ايصال الدين وشهدوا له بالابراء تقبل لاحتمال حصول الابراء بالاستيفاء
ولو ادعى المديون الابراء وشهدوا ان المدعي صالح المدعى عليه عن المعلوم تقبل
شهادتهم ان كان الصلح بجنس الحق لحصول الابراء عن البعض بالاستيفاء وعن
البعض بالاسقاط ثم ذكر الامام السرخسي عن نوادر بشر عن ابي يوسف رجل
ادعى على رجل الف درهم وشهد له شاهد بالف درهم وشهد الاخر بالف وخمسمائة
فالقاضي يسال المدعي اكان لك عليه في الابتداء الف وخمسمائة واستوفيت
خمسمائة او ابرأته عن خمسمائة او لم يكن عليه من الابتداء الا الف درهم ويبني
الحكم على قوله ثم ذكر وقال واذا شهد شاهدان لرجل بالف درهم الا ان احدهما
قال انها سود وقال الاخر بيض وللبيض فضل على السود فان كان المدعي يدعي
السود لا تقبل شهادتهما اصلا ولكونها على الاكثر الا ان يوفق المدعي فيقول كان لي
عليه بيض كما شهد به هذا الشاهد الا انه ابرأته عن صفة الجودة وعلم به ذلك
الشاهد فاذا وفق على هذا الوجه تقبل شهادتهما على السود وان كان يدعي البيض
تقبل شهادتهما على السود وكذلك هذا الحكم في جميع المواضع في الجنس الواحد
اذا اتفقا على قدر او وصف واختلفا فيما زاد على ذلك القدر او الوصف تقبل
الشهادة فيما اذا اتفقا عليه ان ادعى المدعي افضلهما وان ادعى اقلهما لا تقبل شهادتهما
اصلا الا ان يوفق واما اذا اختلفا الجنس لا تقبل شهادتهما اذا اختلفا كيف ما
اختلفا بان شهد احدهما بكر حنطة مثلا والاخر على كر شعير وكذا لو شهد احدهما
بمائة وشهد اخر بمائة وخمسين ان كان المدعي يدعي بمائة لا تقبل الشهادة اصلا
الا ان يوفق وان كان يدعي مائة وخمسين تقبل على مائة وفي العيون شهد

الرجل على اخر بالف درهم وقالا انه قضاه خمسمائة وقال الطالب لي عليه الف
وما قضاني شيئا وشهودي صدقوا في الشهادة على الالف واوهموا في
الشهادة على القضاء تقبل شهادتهما ان عدلا ولو قال شهادتهما بالف حق
وبالقضاء باطل وزور لا تقبل شهادتهما ولو شهدا على رجل بالف درهم والمدعي
يدعي ذلك وشهدا ايضا للمدعى عليه على المدعي بمائة دينار والمدعي ينكر ذلك
قبلت شهادتهما هكذا ذكره الامامان السرخسي وقاضيخان كلاهما وذكر في القنية
بعلامة فح ادعى المديون الايصال الى الداين متفرقا وشهد شهوده بالايصال
مطلقا او جملة لا تقبل وعنه ايضا ادعى على اخر دينا لمورثه فاقر بالدين وقال
اخذ مورثك مني تابوتا عن هذا الدين فشهد له احد الشاهدين على وفق دعواه
وشهد الاخر على اقرار الميت باخذ التابوت عن الدين تقبل ولو لم يقولوا عن
الدين لا تقبل ثم قال فيها ولو ادعى المديون قضاء دينه وهو الف فشهدوا انه
اعطى لرب الدين الفا ولم يقولوا عن الدين ففيه اختلاف المشايخ والحاصل ان
كل موضع يكون المشهود به فيه اكثر من المدعى به لابد فيه من دعوى التوفيق
في قبول الشهادة والا فلا وهذا فيما اذا كان المدعى به دينا واما اذا كان المدعى
ملكا فلا يخلو ايضا ان يكون المشهود به موافقا له او اقل منه او اكثر ففي الاول
والثاني تقبل بغير دعوى التوفيق كما في كون المدعى به دينا بعينه كما اذا ادعى
كل الدار فشهدوا انه بكله او بنصفه جازت شهادتهم ويقضى له بكله في الاول
وبنصفه في الثاني من غير حاجة الى التوفيق وكذا لو ادعى دارا في يد رجل انها
له وشهد الشهود انه اشتراها من الذي في يديه جازت شهادتهم لانه
لما ادعى ملكا مطلقا فقد ادعى الملك في الحال وفيما مضى والشهود اذا شهدوا
بالشراء فقد شهدوا انه بالملك في الحال فكانت شهادتهم باقل مما ادعى
وما شهدوا به يصلح بيانا كما ادعاه المدعي فانه لو قال ملكي لاني اشتريتها من
ذي اليد يصح ويكون اخر كلامه بيانا للاول بخلاف ما اذا ادعى المدعي اولا النتاج
وشهد الشهود انها له اشتراها من ذي اليد لا تقبل الا ان يوفق فيقول نتجته في
ملكي الا اني بعتها منه ثم اشتريتها فلما لم يدع التوفيق على هذا الوجه لا تقبل لان

دعوى النتاج على ذي اليد لا يحتمل دعوى ملك ملك حادث من جهته فانه لو قال هذه
الدابة ملكي بالنتاج من جهة ذي اليد لا يصح كلامه فلا يمكن ان يجعل اخر كلامه
بيانا للاول فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق ولو ادعى انه له وورثه من ابيه وجاء
بشهود فشهدوا انه له ولاخيه الغائب ميراث عن ابيه جازت شهادتهم لانهم
شهدوا له باقل مما ادعى كذا في قاضيخان وقال الامام السرخسي في المحيط
اذا ادعى المدعي الملك لنفسه مطلقا وشهد الشهود له بالسبب فالقاضي
يقبل شهادتهم ولكن ينبغي للقاضي ان يسأل المدعي انه يدعي الملك بهذا السبب
الذي شهد به الشهود او يدعيه بسبب اخر ان قال ادعيه بهذا السبب
فالقاضي يقبل شهادة شهوده ويقضي له بالملك بهذا السبب وان قال
ادعيه بسبب اخر او قال لا ادعيه بهذا السبب فالقاضي لا يقضي له بشهوده
بالملك واما في الثالث اعني كون المشهود به اكثر من المدعى به في دعوى
الملك فلا تقبل الشهادة فيه بغير دعوى التوفيق كما اذا ادعى دارا في يد رجل
انها له اشتراها من فلان غير ذي اليد وهو يملكها فشهد الشهود انها له لا تقبل
شهادتهم لان المدعي ادعى ملكا حادثا لا يظهر في حق الزوائد والشهود
شهدوا بملك مطلق والملك المطلق يظهر في حق الزوائد وفي رجوع الباعة
بعضهم على بعض فصاروا كانهم شهدوا بالزوائد نصا فلا تقبل شهادتهم هكذا ذكره
قاضيخان ثم ذكر وجها اخر عزوا الى اشارات محمد وهو ان المدعي اقر بالملك
لمن ادعى الشراء منه ثم ادعى الانتقال الى نفسه بالشراء منه ولم يثبت
الانتقال لانهم لم يشهدوا بالانتقال فلا تقبل شهادتهم وقال في الاقضية
الشهادة بالملك المطلق اذا كان الدعوى بسبب كالشراء انما لا تقبل اذا كان
دعوى الشراء عن رجل معلوم وهو فلان بن فلان اما اذا قال اشتريته
من رجل مجهول تقبل الشهادة على الملك المطلق وقيل لا تقبل وان ادعاه من
مجهول لان هذا شهادة بزيادة ما يدعيه فلا تقبل وقال الامام السرخسي
في المحيط اذا ادعى ملكا بسبب الشراء من الاخر او الارث عن ابيه وما اشبه
ذلك واقام البينة على الملك المطلق لا تقبل ان ادعى الشراء من رجل معروف

وان ادعى الشراء من رجل مجهول ثم اقام البينة على الملك المطلق تقبل وفي البزازية ادعى
الشراء من معروف ونسبه الى ابيه وجده لكن ادعى الشراء مع القبض وشهدوا
بالملك المطلق تقبل وفي المحيط السرخسي قال بعضهم لا تقبل ففي هذه المسائل
كلها لا تقبل الشهادة على الاكثر ما لم يثبت التوفيق فيما امكن التوفيق فيه والا
فلا تقبل مطلقا ولو ادعى ان هذه الدار له الا هذا البيت فشهد الشهود ان
جميع الدار له لا تقبل شهادتهم الا اذا وفق بان يقول كان كل الدار لي الا اني
بعت هذا البيت منه ولم يعلم الشهود به فتقبل شهادتهم ولا يحتاج فيه الى
اثبات التوفيق بالبينة لانه اقر على نفسه بزوال البيت عن ملكه وعلى جواب
القياس انه يحمل على التوفيق وان لم يدع التوفيق لانه ممكن فيحمل عليه بلا دعوى
ولو ادعى دارا في يد رجل انها له اشتراها من فلان غير ذي اليد فشهدوا ان
فلانا ذلك وهبها له وقبض وهو يملكها لا تقبل حتى يوفق بان يقول اشتريتها
منه فجحدني ثم وهبها لي بعد ذلك واقام البينة على ذلك قبلت شهادتهم ولا تقبل
قبل التوفيق لوجود المخالفة صورة ومعنى اما صورة فظ واما معنى فلان
الملك الحاصل بالهبة غير الملك الحاصل بالشراء لان الهبة يفيد الملك بغير
عوض ولا حينا ردوية وعيب والشراء يثبت جميع ذلك وهذا التوفيق وان كان
محتملا الا ان هذا النوع من التوفيق لا يثبت من غير دعوى لانه يحتاج الى نقض
ما ادعاه اولا والى اثبات عقد شهد الشهود فيكون في الحمل على هذا الوجه
انشاء الخصومة والقاضي نصب لقطع الخصومة لا لانشائها وهذا النوع من
التوفيق كما لا يثبت بدون الدعوى لا يثبت ايضا بمجرد الدعوى بلا بينة بخلاف ما
تقدم لان هنا اقر بالملك لغيره ثم ادعى الهبة ودعوى الهبة دعوى على الغير
وليس باقرار على نفسه والدعوى لا يثبت الا بالبينة بخلاف الابراء ونحو ذلك
وسياتي تمام هذا في اثناء الشرح شرط موافقة الشهادة الدعوى وذكر
في البحر ان المراد بالموافقة هنا هي المطابقة او كون المشهود به اقل من المدعى به كذا
في فتح القدير وهذا لان الشهادة لو كانت على الاقل قبلت كما كانت مطابقة
للدعوى بخلاف ما اذا كانت على الاكثر حيث لا تقبل على ما ذكرناه وسياتي

في

في الكتاب ايضا ولهذا المعنى عمم الموافقة للمعنيين اطلق الموافقة هنا ولم يقيدها باللفظ
والمعنى كما قيدها في الموافقة بين الشاهدين اشارة الى ان المطابقة لفظا بين
الدعوى والشهادة ليست بشرط بل الموافقة معنى كافية هنا على ما صرح به قاضيخان
وهذا لان المطلق ينصرف الى الكامل والمطابقة الكاملة في المعنى فينصرف اليه
ولهذا قالوا لو ادعى الغصب او القتل فشهد باقرار المدعى عليه بذلك تقبل
ولو شهد احدهما بالغصب او القتل والاخر بالاقرار به لا تقبل كذا في الزيلعي
وغيره ثم الموافقة بين الدعوى والشهادة انما شرطت فيما كانت الدعوى
شرطا في قبول الشهادة كما في حقوق العباد واما فيما لا تكون الدعوى
شرطا في قبولها كما في حقوق الله مثل الشهادة على الطلاق والعتق والوقف
ونحوها على ما قدمناه فلا تشترط فيه الموافقة على ما صرح به في البحر
ولهذا لو ادعى الطلاق وشهدوا على الخلع تقبل والحاصل ان الشاهدين اذا شهدا
على طبق المدعى به او على الاقل منه تقبل بلا دعوى التوفيق سواء كان المدعى به
دينا او عينا على ما قدمنا لوجود المطابقة المعتبرة هنا واذا شهدا على الاكثر
منه لا تقبل بدون التوفيق وله فروع ذكرنا بعضها ولنذكر بعضا اخر منها
في اثناء الشرح ومن هنا ظهر ضعف ما في الاشباه حيث قال الشهادة
ان وافقت الدعوى قبلت والا فلا الا في مسائل ادعى دينا بسبب فشهدا
بالمطلق تقبل لو كان المشهود به اقل ادعى انه تزوجها فشهدا انها منكوحته
ادعى ملكا مطلقا بلا تاريخ فشهدا به بتاريخ تقبل على المختار ادعى انشا فعل
الغصب وقتل فشهدا بالاقرار به ادعى الفا كفالة عن فلان فشهدا به كفالة عن
اخر ادعى ملك عين بالشراء من رجل بعينه فشهدا بالمطلق ادعى ملكا مطلقا فشهدا
بسبب وقال المدعى هو لي بذلك السبب ادعى الايفاء فشهدا بالابراء والتحليل
ادعى الهبة فشهدا بالصدقة انتهى ووجه الضعف انه لا استثناء في
الحقيقة عن تلك القاعدة سوى ما كان الدعوى في حقوق الله تعالى من
العتق والطلاق ونحوها بل كل موضع لا تقبل فيه الشهادة للاختلاف بينها وبين
الدعوى فلكون الشهادة فيه على الاكثر من المدعى به بدون التوفيق وكل موضع

تقبل فيه الشهادة مع صورة المخالفة فيه بينهما فلكونها شهادة على الاقل او لوجود التوفيق
فيه ثم اعلم ان ابن نجيم جعل المستثنيات عن القاعدة المذكورة في شرحه على الكنز ثلاثة
وعشرين مسئلة عشرة منها ما ذكره في الاشباه والباقي مذكور في ذلك
الشرح ثم قال وفي الحقيقة لا استثناء يعرف بالتامل وبين وجه عدم الاستثناء
كما ذكرناه وقال في المحيط عبد في يد رجل يزعم انه ملكه فادعى العبد عليه
انه اعتقه وشهد الشهود انه حر الاصل لا تقبل وكذا لو ادعى العبد انه حر الاصل
وشهد الشهود على العتق لا تقبل وقيل اذا ادعى انه حر الاصل وشهد الشهود على
العتق تقبل وعلى العكس لا تقبل وقيل تقبل في الوجهين جميعا انتهى وقال في
الفصولين ادعى ان مولاي اعتقني وشهدا انه حر ترد لانه يدعي حرية عارضة
وشهدا بحرية مطلقة فتنصرف الى حرية الاصل وهي زيادة على ما ادعاه وقيل تقبل
لانهما لما شهدا انه حر شهدا بنفس الحرية وفيه نظر لانه لا يندفع به ما مر من دليل
الرد اقول الوجه فيه انهما لم يتعرضا في شهادتهما لسبب الحرية وانما شهدا به من غير
ذكر سبب وانه لا ينافي دعواه فتكون مطابقة للدعوى ولا يحمل على حرية الاصل
لانه حمل بعيد وتم الوجه بهذا والامة لو ادعت ان فلانا اعتقني وشهدا انها
حرة تقبل الدعوى ليست بشرط هنا فلو ادعى دارا شراء او ارثا وشهدا بملك مطلق
ردت الشهادة لما ذكرناه انفا من ان المدعي ادعى ملكا حادثا لا يظهر في حق الزوائد
والشهود شهدوا بملك يظهر في حق الزوائد وفي الزمان السابق وفي رجوع
الباعة بعضها بعضا فكانت شهادتهم على الاكثر فلا تقبل بدون التوفيق ومن ان
المدعي اقر بالملك لمن ادعى الشراء منه ثم ادعى الانتقال الى نفسه بالشراء منه
ولم يثبت الانتقال بشهادتهم لانهم لم يشهدوا بالانتقال وعلى الوجهين لا يمكن التوفيق
فلا تقبل اما على الاول فلان المدعي بدعوى الحدوث في الملك نفى الملك في القديم
والشاهد يشهد بخلاف الدعوى فلا تقبل واما على الثاني فلانه بدعوى الملك
بطريق الانتقال من الغير نفى الملك المطلق والشاهد شهد بخلافه فلا تقبل ولا يخفى
عليك ان الشهادة على الملك المطلق اذا كانت الدعوى بسبب الشراء انما لا تقبل
اذا كان دعوى الشراء من رجل معلوم وهو فلان بن فلان واما اذا قال اشتريته

عن مجهول مثل محمد فقد قيل تقبل الشهادة فيه وقيل لا تقبل مطلقا ولهذا الخلاف
ترك رحمه الله هذا القيد والمص جعل دعوى الارث مثل دعوى الشراء على ما اختاره
السرخسي وقيل ان دعوى الارث مثل دعوى الملك المطلق واختاره في البزازية
ثم ما ذكره في الشراء فيما اذا لم يدع القبض مع الشراء فان ادعاهما معا فشهدوا
على المطلق تقبل على ما في الخلاصة والبزازية ثم ما ذكره المص هنا ما لا يمكن التوفيق
فيه وقد ذكرنا بعض ما يمكن التوفيق فيه ولنذكر بعضا اخر هنا لو ادعى دارا
في يد رجل انها كانت لابيه فلان مات وتركها ميراثا له منذ سنة فشهدوا
انه اشتراها من الذي في يديه منذ سنتين لا تقبل هذه الشهادة الا ان يوفق
ويقول اشتريتها من ذي اليد منذ سنتين كما شهدوا ثم بعتها من ابي ثم مات
فورثتها منه فاذا وفق على هذا الوجه تقبل الشهادة ويقضى له ولا يثبت هذا
التوفيق ما لم يشهد الشهود بالبيع من ابيه لان دعوى البيع من ابيه دعوى على
الاب فلا يثبت الا ببينة وكذا لو ادعى الارث اولا فشهد الشهود بالهبة او
او الصدقة مكان الشراء لا تقبل ما لم يوفق عبد في يد رجل ادعى رجل اخر
ان الذي في يديه تصدق به عليه منذ سنة وقبضه فشهدوا انه اشتراه
من ذي اليد منذ سنتين لا تقبل الا ان يوفق فيقول اشتريته منه منذ سنتين
ثم بعته منه ثم تصدق به علي منذ سنة فاذا وفق على هذا الوجه فشهد
الشهود بالبيع منه ثم بالصدقة يقضى له ولو ادعى اولا الشراء من ذي
اليد منذ سنة فشهدوا بالصدقة منذ سنتين لا تقبل الا ان يوفق
فيقول تصدق به علي منذ سنتين وقبضته ثم بعته منه منذ سنة ثم اشتريته
وشهد الشهود له بذلك تقبل ولو ادعى الصدقة منذ سنة فشهد شهوده
انه اشتراه منه منذ شهر لا تقبل الا ان يوفق فيقول تصدق به علي منذ سنة
وقبضته ثم وصل اليه بسبب من الاسباب وجحد الصدقة فاشتريته منه
منذ شهر فاذا وفق على هذا الوجه واثبت بالبينة تقبل ولو ادعى ميراثا عن
ابيه منذ سنة وشهد الشهود انه اشتراه من ذي اليد بعد ما قام من عند
القاضي لا تقبل فان وفق فقال جحد لي الميراث فاشتريته منه الان قبلت بينته

لكن اذا اعاد البينة على ذلك لان الشراء من ذي اليد دعوى على ذي اليد فلا يثبت
بدون البينة والشهادة الاولى قامت قبل الدعوى فلا يقبل ولو ادعى امة في
يد رجل وقال اشتريتها منه بعبدي هذا منذ شهر فشهد وا انه اشتراها منه
بالف منذ قام من عند القاضي لا تقبل الا ان يوفق فيقول اشتريتها بالعبد
منذ شهر ثم جحدني فاشتريتها منه بالف درهم بعد ذلك فاذا وفق على هذا
الوجه واعاد البينة على الشراء بالف تقبل ولو ادعى اولا انه اشتراها منه بالعبد
منذ شهر وشهد انه اشتراها منه منذ سنة او قبل ذلك لا تقبل لمكان التناقض
الا ان يوفق فيقول اشتريتها منه منذ سنة كما شهد وا به ثم بعتها منه ثم اشتريتها
منذ شهر فاذا وفق على هذا الوجه وشهد وا بالبيع والشراء بعد ذلك يصح التوفيق
ويقضى له الكل في قاضيخان وفي الخلاصة والبزازية ادعى ملكا مطلقا مورخا
والشهود شهد وا على الملك من غير تاريخ لا تقبل ولو كان على العكس بان ادعى
المدعى بلا تاريخ والشهود شهد وا مع التاريخ تقبل على المختار وقيل لا تقبل فيه
ايضا ولو ادعى ملكا بسبب الشراء مورخا والشهود شهد وا على الشراء دون
التاريخ تقبل وعلى العكس لا تقبل ولو شهد وا على التاريخ ايضا لكن على تاريخ
اكثر من تاريخ المدعى لا تقبل وعلى الاقل من تاريخ المدعى تقبل وهل يغتفر الخطاء
فيما لا يحتاج اليه ففي الاشباه الشاهد اذا ذكر ما لا يحتاج اليه والخطاء فيه
لا يضر وقال في البزازية سال الامام السعدي عمن ادعى ارضا وذكر حدودها
وقال يبذر فيها خمسون مكاييل والشهود ايضا ذكروا الحدود كذلك وقالوا
يبذر فيها خمسون مكاييل واصاب الكل في الحدود لكن لا يسع فيها الا عشرة
مكاييل قال تقبل لان ذكر المقدار لا يحتاج اليه بعد ذكر الحدود وذكر ما لا يحتاج اليه
وعدمه سواء فلما اجاب فلان بخلافه فقال الخطاء والصحيح ما قلت وقيل المسئلة
على التفصيل ان شهد وا بحضرة الارض واشار وا اليها واخطاوا في مقدار ما
يبذر تقبل وهو الوصف وان شهد وا بغيبة الارض لا لان الشهادة على الموصوف
والوصف معدوم والاشبه عدم القبول مطلقا لانهم اما مخطئون او كاذبون
في الشهادة وعدم كونه محتاجا اليه لا يدفع الخلل الا يرى ان الشاهد بالملك

المطلق ان اطلق بناء على اليد والتصرف ليسوغ له ذلك وتقبل وان بين ان شهادته بناء
على الروية لا تقبل وان كان ذكر المطلق غير محتاج انتهى وهل يضر التناقض والاختلاف
فيما لا يحتاج اليه ففي البزازية انها لا يفتران قال لو سال القاضي عن اللون فذكروا
ثم شهد وا عند الدعوى وذكروا لونا اخر تقبل والتناقض فيما لا يحتاج اليه لا يضر
اصله في الجامع الصغير اختلفا في لون الدابة في دعوى سرقة تقبل
عنده لانه كالسكوت عن ذكر اللون ولو اختلفا في الذكورة والانوثة لا تقبل
بالاجماع وفي الغصب لو اختلفا في لون الدابة يمنع اجماعا انتهى وفي عكسه
تقبل اي ادعى ملكا مطلقا وشهد وا على الملك بالشراء او الارث تقبل لان دعوى
الملك في القديم لا ينافي الملك في الزمان الحادث بعده فالشاهد لم يشهد
بخلاف المدعى بل انما شهد ببعض ما ادعاه وذلك لا يمنع قبول الشهادة لما تقدم
من ان الموافقة بين الدعوى والشهادة اعم من المطابقة وكون المشهود به اقل
من المدعى به اطلق رح وذكر في الخلاصة عزوا الى الاجناس في هذه المسئلة
ان القاضي يسال المدعى ان الملك لك بهذا السبب الذي شهد وا او بسبب اخر
ان قال بهذا السبب يقضى بالملك بهذا السبب الذي شهد وا وان قال بسبب اخر لا يقضى
بشيء اصلا والحاصل ان الشهادة على الاقل من المدعى به تقبل بلا توفيق والشهادة
على الاكثر منه لا تقبل بلا توفيق لان فيه تكذيب الشاهد وكل موضع يكذب
المدعى الشاهد لا تقبل الشهادة فيه ولهذا قال في الفصولين وغيره لو ادعى
نتاجا فشهد ا بمطلق الملك تقبل وفي عكسه لا تقبل وعللوه بان دعوى
المطلق دعوى اولية الملك على سبيل الاحتمال وشهادة النتاج شهادة اولية
الملك على سبيل اليقين فقد شهد وا في الاول على الاقل فقبلت وفي الثاني
على الاكثر فلم تقبل وقد تقدم انفا انه لو ادعى نتاجا وشهد ا على الملك بسبب الشراء
ونحوه لا تقبل ما لم يوفق وقال في الفصولين لو ادعى ملكا مطلقا وشهد ا
انه ورثه من ابيه ولم يتعرضا للملك في الحال او شهدا انه شراه من فلان
ولم يتعرضا لملكه في الحال بان لم يقولا هو ملكه في الحال تقبل ولكن للقاضي
ان يسال شهوده هل تعلمون انه خرج من ملكه وكذا لو ادعى انها امراتي او منكوحتي

وشهدا انه كان تزوجها ولم يتعرضا للحال تقبل وان ادعى دارا بيد رجل فشهدا انه كان
في الماضي بيد المدعي لا تقبل في ظاهر الرواية لانهما شهدا بيده في الماضي
وقد عرفت الخروج من يده بيقين بخلاف ما اذا شهدوا بملك في الماضي فانها
تقبل اذ لم يعلم بيقين خروجه عن ملكه وعن ابي يوسف انها تقبل في الاول
ايضا ولو شهدا باقرار المدعى عليه انه كان بيد المدعي تقبل ولو ادعى ملكا في
الماضي وشهدوا به في الحال قيل تقبل وقيل لا وهو الاصح وكذا لو ادعى انه كان
له وشهدا انه كان له لا تقبل لان اسناد المدعي يدل على نفي الملك في الحال
اذ لا فائدة للمدعي في الاسناد مع قيام ملكه في الحال بخلاف الشاهدين
لو اسند ملكه الى الماضي لان اسنادهما لا يدل على النفي في الحال اذ لهم فائدة
سوى نفي في الحال وهي ان يشهدا بما عاينا من ملكه بيقين ولا يشهدا سعانه
في الحال لانهما لا يعرفان بقاءه الا بالاستصحاب والشاهد قد يحترز عن
الشهادة بما يثبت بالاستصحاب للحال لعدم تيقنه بخلاف المالك لانه كما يعلم
ثبوت ملكه يقينا يعلم يقينا بقاءه قلت ومن هنا قالوا لو ادعى ملكا في الحال
وشهدا انه كان ملكه تقبل لان اسنادهما الى الماضي لا يدل على النفي في الحال
وما ثبت في زمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل واعترض عليه بان هذا عمل
بالاستصحاب وهو عمل بالظاهر والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق وكلامنا
في الاستحقاق لا في الدفع فينبغي ان لا تقبل شهادتهم وكذا شرط اتفاق
الشاهدين لفظا ومعنى قال في العناية الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط
قبولها كما كانت شرطا بين الدعوى والشهادة لكنهم اختلفوا في انها شرط من
حيث اللفظ والمعنى او من حيث المعنى فقط فذهب ابو ح الى الاول وصاحباه الى
الثاني واما الموافقة من حيث المعنى فشرط بلا خلاف واختلاف اللفظ من حيث
الترادف لا يمنع بلا خلاف حتى لو شهد احدهما بالهبة والاخر بالعطية او احدهما
بالنكاح والاخر بالتزويج فهو مقبولة واما اختلافهما من حيث يدل بعضه
على مدلول البعض الاخر بالتضمن وهو محل الخلاف فقد نفاه ابو ح وجوزه صاحباه
فظهر منه ان المراد باتفاقهما لفظا عنده تطابق لفظهما على افادة المعنى بطريق الوضع

لا بطريق التضمن واللزوم ولا يخفى عليك ان الموافقة لفظا بهذا المعنى انما هي شرط بين
الشاهدين لا بين الدعوى والشهادة وانما الشرط بينهما هو الموافقة معنى فقط
ولهذا قالوا لو ادعى الغصب او القتل وشهدا بالاقرار به تقبل لوجود الموافقة معنى
ولو شهد احدهما بالغصب او القتل والاخر بالاقرار به لا تقبل لعدم الموافقة لفظا
فلا تقبل لو شهد احدهما بالف او مائة او طلقة وشهد الاخر بالفين ومائتين
وبطلقتين او ثلث هذا عند ابي ح وعندهما تقبل على الاقل يعني اذا كان المدعي
يدعي الاكثر وهو دين تقبل على الاقل لانهما اتفقا على الاقل وتفرد احدهما
بالزيادة فيثبت المتفق عليه دون ما تفرد احدهما لعدم الشهادة الكاملة
في تلك الزيادة كما في المسئلة الاتية الاتفاقية بخلاف ما اذا ادعى المدعي
الاقل وشهد احدهما بالف او مائة والاخر بالفين او مائتين لا تقبل بالاتفاق
على ما في الخلاصة والبزازية ولابي ح انهما اختلفا لفظا لان احدهما مفرد
والاخر تثنية واختلاف الالفاظ افرادا وتثنية يدل على اختلاف المعنى فان
لفظ المفرد لا يعبر به عن التثنية اصلا ولا عن المفرد بالتثنية ولكل واحد
منها شاهد واحد فلا تقبل لعدم نصاب الشهادة فصار اختلافهما هذا كاختلافهما
في جنس المال كشهد احدهما بكر شعير والاخر بكر حنطة فان قيل الاقل موجود
في الاكثر فاتفقا على الاقل فلم لم تقبل على الاقل مع كونه متفقا عليه قلنا
نعم الا ان الاكثر لم يثبت بكون الشاهد عليه واحدا حتى يثبت ما في ضمنه
بخلاف ما اذا ادعى المدعي الاكثر وشهدا معا على الاقل حيث ثبت فيه الاقل
لاتفاقهما على الاقل فصلا ولم تكن الشهادة مخالفا للدعوى على ما تقدم
بيانه فتقبل وبخلاف المسئلة الاتية المتفق عليها على ما سيأتي وبخلاف ما
اذا قال الزوج لها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة حيث وقعت واحدة
او قال لها انت طالق الفا حيث تقع ثلث لان الاكثر في ذلك ثابت فيتضمن
الاقل ولو شهد احدهما بالف والاخر بالف ومائة بالعطف والمدعي يدعي
الاكثر قبلت على الالف اتفاقا لاتفاق الشاهدين على الالف لفظا ومعنى لقضية
العطف لان العطف يقرر المعطوف عليه وكذا مائة ومائة وعشرة وطلقة

وطلقة ونصف يعني شهد احدهما بمائة والاخر بمائة وعشرة بالعطف وكذا طلقة
ونصف والمدعي يدعي الاكثر قبلت على الاقل لعقبية العطف ايضا بخلاف ما اذا شهد
احدهما بعشرة والاخر بخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف عطف فصار مباينين كالالف
والالفين على ما تقدم وبخلاف ما اذا ادعى المدعي الاقل وقال لم يكن لي الا الاقل او
سكت عن قوله الا الاقل فانه يبطل شهادة الاكثر لتكذيبه المدعي فلم يبق
له الا شاهد واحد فلا يقبل الا اذا صرح التوفيق بان قال اصل حقي الف ومائة
لكني استوفيت مائة او ابرأته عنها فلم يعلم الشهود ذلك فانه قبلت للتصريح
بالتوفيق فصار احوال من يدعي الاقل عند اختلاف الشاهدين ثلاثة التكذيب
والسكوت والتوفيق وجواب الاولين بطلان الشهادة دون الثالث وهل
يحتاج الى البينة في اثبات هذا التوفيق وقد تقدم انه لا يحتاج اليه شهدا بالف
درهم وقال احدهما بيض والاخر سود وللبيض فضل على السواد او شهدا بكر
حنطة فقال احدهما جيد وقال الاخر ردي او شهد احدهما بالف وعبد والاخر
بالف وعبد ودار لا تقبل ان ادعى المدعي الاقل وان ادعى افضلها قضي بالاقل
كذا في الخلاصة والحاصل ان الشاهد على الاكثر لا يخلو اما ان شهد عليه
بحرف العطف او بغير حرف العطف وعلى الثاني ان ادعى المدعي الاقل لا تقبل
بالاتفاق وان ادعى الاكثر لا تقبل عند الح وتقبل عندهما وعلى الاول ان
ادعى المدعي الاكثر تقبل بالاتفاق وان ادعى الاقل لا تقبل بالاتفاق وهذا
اي التفصيل المذكور في ان المدعي ان ادعى الاقل فكذا او الاكثر فكذا فيما اذا لم يدع
المدعي عقدا بل ادعى مالا وان ادعى عقدا فهي في ثمان مسائل البيع والاجارة
والكتابة والرهن والعتق على مال والخلع والصلح عن دم العمد والنكاح اما في البيع
اذا شهد احدهما انه اشترى عبد فلان بالف درهم وشهد الاخر انه اشتراه بالف
وخمسمائة لا تقبل هذه الشهادة سواء كان المدعي يدعي الشراء بالاقل او بالاكثر
وسواء وجد الدعوى من البايع او من المشتري واما الاجارة ان كانت في اول
مدة فهي كالبيع وان كانت بعد مضي المدة والمدعي هو المستاجر فهي كالبيع
ايضا وان كان المدعي هو الاجر فهو دعوى الدين وقد تقدم حكمه والكتابة

كالبيع ان كان الدعوى من العبد وان كان المدعي هو المولى لا تقبل وفي الرهن ان
كان الدعوى من الراهن لا تقبل وان كان الدعوى من المرتهن فهو دعوى الدين
فيثبت الرهن بالفضمنا وتبعا للدين وفي العتق على مال والخلع ان كان الدعوى
من العبد والمراة فهو دعوى العقد وان كان من الزوج والمولى فهو دعوى
الدين لان العتق والطلاق واقع باقرار المولى والزوج فبقي دعوى المال والصلح
عن دم العمد كالخلع وفي النكاح ان كان المدعي هو الزوج والمراة منكرة فهو
دعوى العقد بالاجماع وان كان الدعوى من المراة فهذه دعوى الدين عند الح
وعندهما دعوى العقد والصدر الشهيد لم يفصل بينهما اذا كان الدعوى من
الزوج او من المراة فقال سواء كان المدعي الزوج او المراة اذا اختلف
الشاهدان في قدر المهر والمدعي يدعي الاقل او الاكثر يقضى بالنكاح باقل
المالين لان المال تابع في النكاح وعند ابي يوسف ومحمد لا يقضى بالنكاح
اصلا كذا في الخلاصة وسيأتي في الكتاب ايضا ثم اعلم ان اختلاف
الشاهدين معنى كما يمنع قبول الشهادة كذلك مع اختلافهما لفظا عند الح كما
تقدم وما ذكره المص هنا من امثلة الاختلاف اللفظي وذكر ابن نجم في البحر
اشتراط اتفاق الشاهدين في اللفظ عند الح ثم قال ويستثنى منه اثنان واربعون
امثلة منها ما في العمدة شهد احدهما ان له عليه الف درهم وشهد الاخر انه
اقر له بالف درهم تقبل ومنها ادعى كر حنطة فشهد احدهما بانها جيدة والاخر
ردية والدعوى بالافضل تقبل وتقضى بالاقل ومنها ادعى مائة دينار
فقال احدهما نيسابورية والاخر بخارية والمدعي يدعي النيسابورية وهو
اجود تقبل ويقضى بالبخارية بلا خلاف لانهما اتفقا على الكمية في هذه المواضع
الثلاث ثم انفرد احدهما بزيادة وصف فلا تضر في الحكم بالاقل ولو كان
المدعى به الاقل فيها لا تقبل ما لم يوفق بالابراء ومنها شهد احدهما بالهبة والاخر
بالعطية تقبل ومنها شهد احدهما بالنكاح والاخر بالتزويج تقبل قلت هاتان
المسئلتان لا تصلح الاستثناء عن قول الامام لان الاختلاف فيهما من قبيل
الاختلاف في اللفظين المترادفين والامام قائل به لان محل النزاع بينه وبين

صاحبيه هو اتفاق اللفظين في المعنى واما اختلافهما من حيث الترادف بعد اتفاقهما
في المعنى فلا يضر بالاتفاق على ما صرح به في العناية وقد تقدم منا ايضا ومنها
شهد احدهما انه جعلها صدقة موقوفة ابدا على ان لزيد ثلث غلتها وشهد اخر ان
لزيد نصفها تقبل على الثلث والباقي للمساكين ومنها ادعى انه باع بيع الوفا او البات
فشهد احدهما به والاخر ان المشتري اقر بذلك تقبل ولا خصوصية بالبيع
بل كل قول كذلك بخلاف الشهادة على الفعل والاقرار به فانه لا يجوز ومنها شهد
احدهما على انها جاريته والاخر انها كانت له تقبل ومنها ادعى الفا مطلقا فشهد
احدهما على اقراره بالف قرض والاخر بالف وديعة ومنها ادعى الابراء عن الدين
فشهد احدهما به والاخر على انه وهبه او تصدق عليه او حلله تقبل بخلاف ما
اذا ادعى الابراء وشهد احدهما على الهبة والاخر على الصدقة لا تقبل ومنها
ادعى الهبة فشهد احدهما بالهبة والاخر بالبراءة تقبل ويثبت الابراء لا الهبة كذا
في البزازية ومنها شهد احدهما على اقراره انه اخذ منه العبد والاخر على اقراره
بانه اودعه منه هذا العبد تقبل لاتفاقهما على الاقرار بالاخذ ومنها شهد احدهما
على اقراره انه غصبه منه والاخر على اقراره ان فلانا اودع منه هذا العبد تقبل
ويقضى للمدعي ولا تقبل من المدعى عليه بينة بعده لان الشاهدين شهدا على
اقراره بالملك للمدعي ومنها شهد احدهما انها ولدت منه والاخر انها حبلت منه
تقبل ومنها شهد احدهما انه اقر ان الدار له والاخر على انه سكن فيها تقبل ومنها
شهد احدهما على انه اذن لعبده في الثياب والاخر على انه اذن له في الطعام
تقبل ويثبت اذن عبده بخلاف ما اذا قال احدهما اذنه صريحا والاخر انه رآه
يبيع ويشتري فسكت فانها لا تقبل ومنها شهد احدهما انه اقر بالمال بالعربية
والاخر على انه اقر بالفارسية تقبل بخلافه في الطلاق حيث لا تقبل فيه
كذا في البزازية ومنها شهد احدهما انه قال لعبده انت حر وقال الاخر قال آزادي
تقبل ومنها انه قال لامرأته ان كلمت فلانا فانت طالق فشهد احدهما انها كلمته
غدوة والاخر عشية تقبل وطلقت ومنها انه قال ان طلقتك فعبده حر
فقال احدهما طلقها اليوم والاخر امس تقبل ويقع الطلاق والعتق ومنها شهد

احدهما

احدهما انه طلقها ثلاثا البتة والاخر انه طلقها ثنتين البتة يقضى بطلقتين ويملك
الرجعة ومنها شهد احدهما انه اعتقه بالعربي والاخر بالفارسي تقبل للاتفاق
في المعنى وكذا في الطلاق على الاصح كما في الاشباه بخلاف ما اذا شهد احدهما
انه قذفه بالعربي والاخر بالفارسي لا تقبل لان العبرة في الحدود الى الصورة
والمعنى جميعا ومنها انهما اختلفا في مقدار المهر فشهد احدهما بالاقل والاخر بالاكثر
تقبل ويقضى بالاقل ومنها شهد احدهما انه وكله بخصومة مع فلان في دار
سماه والاخر انه وكله بخصومة فيه وفي شيء اخر تقبل في دار اجتمعا عليه
اذ الوكالة تقبل التخصيص ومنها ادعى مالا فشهد احدهما على انه وقفه في صحته
والاخر على انه وقفه في مرضه تقبل اذا شهد وابو قف مات ومنها شهد احدهما
انه اوصى اليه يوم الخميس والاخر انه اوصى اليه يوم الجمعة تقبل لانها كلام لا يختلف
بزمان ومكان ومنها ادعى مالا فشهد احدهما ان المحتال عليه احال غريمه بهذا المال
وشهد الاخر انه كفل عن غريمه بهذا المال تقبل كذا في القنية ومنها شهد احدهما انه
باعه بكذا الى شهر والاخر بالبيع ولم يذكر الاجل تقبل ومنها شهد احدهما انه باعه
بشرط الخيار ثلاثة ايام وشهد الاخر على البيع ولم يذكر الخيار تقبل ومنها شهد
احدهما انه وكله في الخصومة في هذه الدار عند قاضي الكوفة والاخر عند
قاضي البصرة تقبل ومنها شهد احدهما انه وكله بالقبض والاخر انه جراه تقبل ومنها
شهد احدهما انه وكله بقبضه والاخر انه سلطه على قبضه تقبل ومنها شهد
احدهما انه وكله بقبضه والاخر انه اوصى اليه بقبضه في حيوته تقبل ومنها شهد
احدهما انه وكله بقبضه والاخر انه امره باخذه او ارسله لياخذه تقبل ومنها
انهما اختلفا في زمن اقراره بالوقف تقبل ومنها اختلفا في مكان اقراره تقبل ومنها
ومنها اختلفا في زمن اقراره وقفه في صحته او في مرضه تقبل ومنها شهد
احدهما لوقفها على زيد والاخر على عمرو تقبل ويكون وقفا على الفقراء الى هنا جملة
ما ذكره في البحر من المستثنيات قلت ونزيد عليه بمسائل كثيرة ومنها شهد احدهما
بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الاكثر تقبل بلا توفيق وان ادعى الاقل
تقبل مع التوفيق على ما تقدم وكان صاحب البحر لم يعده من المستثنيات لما تقدم

ان لا مخالفة فيه لا لفظا ولا معنى لقضية العطف ومنها ادعى الفا وشهد احدهما
بالف سود والاخر بالف بيض وللبيض فضل على السود والمدعى يدعي الافضل
تقبل ويقضى بالاقل ومنها انه ادعى عبدا في يد رجل فشهد احدهما على اقرار ذي
اليد بهبة المدعى عنه والاخر على اقراره بالشراء منه والمدعي ينكر تقبل فيأخذ
العبد منه ومنها شهد احدهما على اقراره انه اخذ هذا العبد من فلان والاخر على
اقراره بانه اودعه منه تقبل لاتفاقهما على الاقرار ومنها شهد احدهما على ان له
عليه كذا من الدين والاخر على اقراره بان له عليه كذا من الدين تقبل والحاصل
انهما اذا اختلفا في الزمان او في المكان او في الانشاء والاقرار في كل ما يكون
قولا محضا من العقود كالطلاق والبيع والوكالة والوصاية والعتاق والدين
والبراءة والكفالة والحوالة لا يمنع قبول الشهادة في هذه المواضع العشرة وكذا
اختلافهما في الوجوه الثلاثة فيما يكون فعلا ملحقا بالقول لا يمنع قبول الشهادة ايضا
كالقرض فانه وان كان فعلا الا انه ملحق بالقول لعدم تمامه بالتسليم بلا قول
المقرض اقرضتك فاشبه الطلاق فالحق به وكذا لا يمنع قبول الشهادة اختلافهما
في الزمان او المكان في قول لا يتم الا بفعل مثله كالهبة والصدقة والرهن
فانها فعل لا يتم الا بفعل وهو القبض ولو اختلفا في الزمان والمكان وشهدا
على معاينة القبض تقبل في الهبة والصدقة والرهن عند ابي ح وابي يوسف
لان القبض قد يكون غير واحد فيجوز ان يقبضه مرتين في زمانين وفي
مكانين وقال محمد لا يقبل وفي قاضيخان وهو القياس وكذا لا يمنع اختلافهما
في الزمان او المكان في القذف عند ابي ح خلافا لهما واما لو اختلفا في الانشاء
والاقرار في هذه الاربعة اعني الهبة والصدقة والرهن والقذف بان
شهد احدهما على انشائها والاخر على اقرارها لا تقبل اجماعا الكل في البزازية ثم
قال فيها نقلا عن المنتقى شهدا على اقرار رجل بمال الا انهما اختلفا في الزمان او المكان
او البلدان قال ابو ح تقبل لان على الشاهد حفظ عين الشهادة لا محلها وزمانها
وقال ابو يوسف لا يقبل ولو على الاقرار بالبيع او الايفاء واختلفا في الزمان والمكان
تقبل قال احدهما انه اقر في المسجد والاخر على السوق او قال احدهما اقر غدوة والاخر

عشية

عشية تقبل واما لو اختلفا في الزمان او المكان او في الانشاء والاقرار فيما كان فعلا
محضا كالجناية والغصب والقتل او قولا ملحقا بالفعل كالنكاح فانه قول لكنه ملحق
بالفعل لكون حضور الشاهد شرطا فيه وهو الفعل فيمنع قبول الشهادة في الوجوه
الثلاثة على ما صرح به قاضيخان والخلاصة والبزازية فظهر منه انه لو ادعى شيئا
مما يكون قولا محضا من العقود العشرة المذكورة وشهد احدهما به والاخر بالاقرار به
تقبل سواء شهدا في زمان واحد ومكان واحد وفي زمانين ومكانين وكذا في
القرض والهبة والصدقة وكذا في القذف عند ابي ح والعجب من البزازية انه
عد الرهن اولا من قبيل ما يكون قولا محضا وصرح ان اختلاف الشاهدين فيه
في الزمان والمكان والانشاء والاقرار لا يضر ثم عده من قبيل القول الذي
لا يتم الا بالفعل كالهبة والصدقة وقال ان اختلاف الشاهدين فيه في الانشاء
والاقرار يضر ويمنع قبول الشهادة وجعله في الخلاصة من قبيل ما يكون
قولا محضا وسكت عليه وجعله في قاضيخان من قبيل القول الذي لا يتم الا بالفعل
كالهبة والصدقة حيث قال وان اختلفوا في عقد لا يستحكم الا بالفعل
كالهبة والصدقة والرهن فان شهدا على معاينة القبض واختلفا في الايام
والبلدان جازت شهادتهما في قول ابي ح وابي يوسف والقياس ان لا تقبل وهو
قول محمد وزفر وان شهدا على اقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت
الشهادة في قولهم ولو شهدا على الرهن فشهد احدهما على معاينة القبض والاخر
على اقرار الراهن بالقبض لا تقبل هذه الشهادة ويكون الرهن في هذا بمنزلة
الغصب وان اختلف شهود الرهن في جنس الدين او في مقداره لا تقبل
كما لو اختلف شهود البيع في جنس الثمن او في مقداره انتهى وقال في الفصولين
بعلامة فتاواى قاضي ظهير ادعى رهنا فشهد احدهما بمعاينة القبض والاخر
ان الراهن اقر بقبض الرهن لا تقبل اذ الرهن في هذا كالغصب انتهى ثم قال فيه
ايضا ادعى الوديعة وشهدا ان المودع اقر بالايداع تقبل كما في الغصب وكذا العارية
ولو شهد احدهما بايداعه والاخر انه اقر بايداعه فعلى قياس القرض ينبغي ان تقبل
وعلى قياس الغصب ينبغي ان لا تقبل ولو ادعى نكاحا وشهدا باقرارها بنكاح تقبل

ولو شهد احدها بنكاح والاخر باقرارها به لا تقبل كالغصب انتهى وذكر قبل هذا ايضا
ادعى مائة قفيز بر بسبب سلم صحيح وشهدا ان المدعى عليه اقر ان له عليه مائة
قفيز بر ولم يزيدوا عليه تقبل لانه اختلاف في سبب الدين وانه لا يمنع قبول
الشهادة وقيل لا تقبل وهو الاصح لانهما لم يذكرا اقراره بسبب السلم والاختلاف
في سبب الدين انما لا يمنع قبولها لو لم يختلف الدين باختلاف السبب ودين
السلم مع دين اخر يختلفان اذ الاستبدال قبل القبض لم يجز في السلم وجاز في
دين البر بلا سلم فلم يشهدا بدين عليه يدعيه المدعى فلا يقبل بخلاف ما لو ادعى
دينا بسبب القرض وشهدا انه اقر ولم يذكرا سبب القرض تقبل ولو ادعى
دينا وشهدا باقراره بالمال تقبل فيكون اقامة البينة على اقراره بالمال كاقامة
البينة على السبب وقيل لا تقبل وبه افتى بعض مشايخنا ولو ادعى دينا وشهد
احدها بالمال والاخر باقراره بالمال تقبل وذكر قبل هذا ايضا انه لو ادعى دينا
بسبب قرض ونحوه وشهدا بدين مطلق قيل تقبل وقيل لا تقبل كما في عين
ادعاه بسبب وشهدا بمطلق قال صاحب الايضاح والصحيح انه تقبل اقول
الفرق بين العين والدين ان العين يحتمل الزوائد في الجملة وحكم المطلق ان
يستحق الزوائد والملك بالسبب بخلافه حيث لا يستحق فيه الزوائد فيصير
المدعى بالسبب مكذبا بالشهود به بالملك المطلق فلا تقبل بخلاف الدين لانه لا يحتمل
الزوائد فلا يكون مكذبا بالشهود به فافترقا فينبغي ان تقبل في الدين ولو ادعى
دينا ولم يبين السبب فشهدا بالسبب تقبل انتهى ثم قال فيه ايضا لو ادعى
الاداء وشهد احدها انه اداه والاخر ان الداين اقر بقبضه لا تقبل لان
احدها شهد بالفعل والاخر بالقول بخلاف ما لو ادعى قضاء دينه وشهدا
انه اقر باستيفائه تقبل لانهما شهدا على الفعل وهكذا في العمادية ايضا نقلا
عن قاضيخان وقال في شهادات القنية رامزا الى البرهان المحيطي ادعى المديون
الايصال فشهد له احد الشاهدين بالايصال والاخر على اقرار رب الدين
بالايصال لا تقبل لانهما شهدا بامرين مختلفين القول والفعل فلا يجمع بينهما بخلاف
ما اذا شهد احدها بالف للمدعي على المدعى عليه وشهد الاخر على اقرار المدعى عليه

بالف فانه تقبل لانه ليس بجمع بين القول والفعل انتهى وذكر قبل هذا رامزا الى القاضي
عبد الجبار ادعى على اخر دينا لمورثه فاقر بالدين وقال الخذ مورثك مني تابوتا
عن هذا الدين فشهد له احد الشاهدين على وفق دعواه وشهد الاخر على اقرار الميت
باخذ التابوت عن الدين تقبل ولو لم يقولوا عن الدين لا تقبل انتهى فعلم منه انه
لو شهد احدها على اداء الدين والاخر على الاقرار باستيفائه عند بعض المشايخ
وهذا كله فيما كان المدعى فعلا فقط او قولا فقط واما لو كان المدعى مركبا منهما بان
المدعى عليه اديت ما علي من الدين وانت اقررت بالاستيفاء به فشهد احد
الشاهدين بالاداء والاخر بالاقرار بالاستيفاء فهل تقبل ولم اره الآن
صريحا والاصل فيه ان احد الشاهدين لو شهد على احد جزئي المدعى والاخر على
الجزء الاخر فهل تقبل ثم الشهادة على الاقرار باستيفاء الدين مختلف فيها
كما ذكر في دعوى البزازية حيث قال فيها قد بقي هنا فصل اخر اختلف فيه العلماء
وهو اذا برهن على اقرار المدعى باستيفاء الدين قيل لا يسمع لانه
دعوى الاقرار في طرف الاستحقاق لان الديون تؤدى بامثالها فيكون
المقبوض دينا على المدعى وقيل يسمع لانه في الحاصل يدفع اداء الدين عن
نفسه فكان دعوى الاقرار في طرف الدفع ذكره في انتهى كلام البزازية
بقي ههنا فصل اخر وهو ان رجلا ادعى على رجل ان لي عليك مالا كذا عن جهة
كذا حتى انكر اقررت لي ذلك المال وكتبت لي مكتوبا مشتملا على اقرارك معنونا
مرسوما مختوما بخاتمك وابرز ذلك المكتوب واقر المدعى عليه ان الخط خطه
والختم ختمه فهل يقضى على المدعى عليه بذلك المال بمجرد اقراره بان الخط خطه
والختم ختمه بلا بينة من المدعي على ذلك الدين او على اقرار المدعى عليه قلت
فلم يقضى عليه بذلك اذا كان الخط خطه على وجه الرسالة والرسم كما صرح
به في اول باب الدعوى من قاضيخان وبه افتى مشايخ الاسلام ولو شهد
بالف او بقرض الف وقال احدها قضى منها كذا قبلت على الالف لاتفاقهما عليه
لا على القضاء لانها شهادة فرد فلا تقبل ما لم يشهد به اخر بالقضاء اخر فان قيل
شهادة القضاء مثنا قضية لانها شهادة على انه ليس للمدعي على المدعى عليه حق

في مقدار ما قضاه فقد نفيا ما اثبته اولا واجيب بان قضاء الدين انما هو بطريق
المقاصة وذلك لا يكون الا بالعين ولا بالدين فكان قوله قضاه مائة من الف
مثلا شهادة على المدعي بقبض ما هو غير ما شهد به اولا اعني الدين فلا يكون
تناقضا لاختلاف المشهود به في الشهادتين وعن ابي يوسف ان شهادة القضاء
مقبولة وليس للمدعي الا ما بقي كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بخمسمائة قيل
وينبغي ان يكون قول محمد كذلك الا انه خالفه لانه لم يشهد ابتداء بمقدار ما بقي
بعد القضاء بل اتفقا على وجوب الالف ابتداء ثم انفرد الاخر بخلاف ما اذا شهد
احدهما بالف والاخر بخمسمائة فانه شهد ابتداء بخمسمائة وروى الطحاوي عن
ابي يوسف انها لا تقبل في القرض ايضا للتناقض ولان المدعي اكذب الشاهد
واجيب بمنع التناقض مستندا بما ذكرناه انفا في الجواب وانما اكذبه في
غير المشهود به الاول وهو الدين واعلم ان ما ذكره المص هو المذكور في الاصل
وذكر في الجامع الصغير شهد الرجل على رجل بقرض الف درهم وشهد احدهما
انه قضاه الالف وانكره المدعي فالشهادة على القرض جائزة ويقضي القاضي
بالالف قرضا على المدعى عليه دون القضاء وفي المنتقى شهدا ان لهذا على هذا الف
درهم قد قبض منها مائة وقال الطالب لم اقبض منه شيئا قال ابو ح وابو يوسف
يقضي بالالف ويجعل مقضيا للامانة وينبغي اي يجب لمن علمه اي علم القضاء من
الدين ان لا يشهد بالالف حتى يقر المدعي به اي بالقضاء والقبض كيلا يصير
معينا على الظلم ولو شهدا بقتله زيدا يوم النحر بمكة واخران اي وشهد اخران
قبل ان يقضي القاضي بشهادة الشاهدين الاولين بقتله اياه فيه اي في يوم
النحر بكوفة ردتا لان القتل الواحد لا يمكن ان يكون في مكانين مختلفين فيكون
احدهما كاذبا بالضرورة ولا ترجيح لاحدهما فبطلتا معا فان قضي باحدهما اولا
بطلت الاخيرة لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بها وفي تناوله
اشارة الى ان الاختلاف فيهما في الزمان والمكان مانع عن قبولهما كالاختلاف فيهما في
الانشاء والاقرار وفي الالة التي وقع بها القتل عليهما في البحر وغيره وفيه
ايضا نقلا عن السراج الوهاج وفائدة ذلك اذا قال الحاج العام فعبدي حر

فاقام العبد شاهدين انه قتل يوم النحر بالكوفة واقام الورثة انه قتل يوم النحر بمكة
لا يعتق وقيد بكون المشهود به قتلا لانهم لو شهدوا على اقرار القاتل بذلك في
وقتين او في مكانين تقبل لانه قول قد يعاد ويكرر واشار الى ان احدى البينتين
لو اتصلت بها ترجحت على الاخرى والا تهاترتا ولنذكر بعض ما يتعلق بترجيح
البينات برهن ولي المجروح انه مات بسبب الجرح وبرهن الجارح انه برأ ومات
بعد عشرة ايام فبينة ولي المقتول اولى كذا في القنية برهن على الاخر انه ضرب
امته وماتت بضربه وبرهن المدعى عليه انها صحت بعد الضرب ثم ماتت
الصحة اولى كذا في متفرقات دعاوى البزازية والخلاصة وفي الدرر
ان بينة الجرح الموت من الجرح اولى من بينة الموت بعد البراء وبه افتى مشايخ
الاسلام وفي الدرر ايضا ان بينة كون المتصرف عاقلا اولى من بينة كونه
مخلوط العقل او مجنونا وهكذا في التاتارخانية وقالوا ان بينة الهبة
اولى من بينة العارية وبينة ان هذه الارض وقف اولى من بينة انها ملك له
لان الوقف عارض على الملك بخلاف ما لو غرس رجل في ارض الوقف
كروما واشجارا وادعى انه غرس لنفسه واقام بينة واقام متولي الوقف
بينة انه غرسها للوقف واقام بينة فان بينة الغرس لنفسه اولى لان الاصل
في الغرس في ارض الوقف ان يكون للوقف ولهذا لو اطلق الغرس
ولم يعين لنفسه او للوقف يكون للوقف والبينة القائمة على خلاف الاصل
اولى بينة القرض اولى من بينة الوديعة والعارية وفي جنس المسائل المخمسة
من الخلاصة عبد في يد رجل ادعى رجل انه قتل له وليا خطأ واقام
البينة واقام ذو اليد البينة ان العبد لفلان اودعه انه دفعه الخصومة
يعني ان بينة الدافع اولى وفي تهاترشها دات القنية ادعى على رجل انه امر
صبيا ليضرب حماره ويخرج عن كرمه فضربه الصبي حتى مات واقام عليه
بينة واقام المدعى عليه بينة ان ذلك الحمار حي لا تقبل بينته لانها قامت على النفي
مقصودا وفي فتاوى قاضيخان اذا شهد رجلان ان زوج فلانة قتل او مات
وشهد اخران انه حي كان شهادة الموت والقتل اولى وفيها ايضا اقام اخ المقتول

عما انه وارثه لا وارث له غيره واقام القاتل بينة ان له ابنا لا يقضى ببينة الاخ بل
بتانى فى ذلك ولو اقام القاتل بينة ان له ابنا وانه قد عفى عنه او انه صالحه على
الدية وقبضها منه تقبل بينة القاتل و تفصيله ثم وفى القنية لو اقر لوارث
ثم مات فقال المقر له اقر فى الصحة وقالت الورثة اقر فى مرضه فالقول
قول الورثة والبينة بينة المقر له وفى مشتمل الاحكام ادعى المقر له الاقرار عن
طوع والاخر عن كره فاقام البينة فبينة الكره اولى وفى دعاوى قاضيخان
ان بينة من يدعى دارا او متاعا فى يد رجل على انه له اولى من بينة ذى اليد
على ان المدعى اقر عند غير القاضى بعد القضاء بانه لا حق له فيما ادعاه بخلافه
قبل القضاء فانه بينة ذى اليد على اقرار المدعى بانه لا حق له فيه اولى من
بينة المدعى وكذا بينة ذى اليد اولى من بينة المدعى فيما اذا ادعى على دار فى
يد رجل ان اباه مات وتركها ميراثا له واقام بينة واقام ذو اليد بينة على
ان ابا المدعى اقر فى حيوته ان الدار ليست له او على ان الوارث اقر بعد موت
ابيه او قبله ان الدار لم يكن لابيه وذكر فيه ايضا ادعى عينا فى يد رجل
انه له وان صاحب اليد اقر له به واقام البينة على ذلك واقام ذو اليد
بينة ان المدعى استوهبه منى فبينة ذى اليد اولى وتندفع عنه الخصومة
وفى القنية من باب الدعاوى والاختلاف فى المواريث ان الورثة متى اختلفت
فى تاريخ موت الاقارب فالبينة بينة من يدعى زيادة الارث والقول
قول من ينكر وفى المنية سئل صاحب المحيط عن امراة ماتت وتركت زوجا وابوين
وبنتا ثم ماتت البنت واختلف الزوج وهو اب البنت والابوان فى موت البنت
فقال الزوج ماتت البنت بعد موت الام وقال الابوان بل هو على العكس
واقام كل واحد بينة فان البينتين اولى فقال بينة الزوج اولى لانها اكثر اثباتا
لانها تثبت للبنت النصف من تركة الام وبينة الابوين لا تثبت الا الثلث للام
من تركة البنت وفى القنية ادعى احدهما الصلح عن طوع والاخر عن كره فبينة
الكره اولى وذكر فى احكام البيع الفاسد من قاضيخان ان بينة من يدعى
فساد البيع لشرط فاسد او لاجل فاسد اولى من بينة من يدعى صحته باتفاق

الروايات

الروايات وكذا بينة من يدعى فساد البيع لمعنى فى صلب العقد بان ادعى انه اشتراه
بدرهم ورطل خمر والاخر يدعى بدرهم اولى من بينة من يدعى صحته فى ظاهر
الرواية وان ادعى احدهما البيع بالوفاء والاخر بيعا باتا فبينة الوفاء اولى
ولو ادعى البايع ان البيع كان بشرط الخيار له وادعى المشترى ان البيع كان باتا
ففى ظاهر الرواية البينة بينة المشترى ولو ادعى احدهما البيع عن طوع والاخر عن
كره اختلفوا فيه والصحيح ان البينة بينة من يدعى الكره كما فى الصلح والاقرار
فان البينة فيهما بينة الكره وقيل بينة الطوع اولى ولو ادعى احدهما ان البيع كان
مواضعة والاخر كان جدا فبينة المواضعة اولى ادعى البايع بعتك عبدى
فى اباقه وقال المشترى بعتنيه بعدما اخذته فالبينة بينة من يدعى الفساد
انها يدعيه لو تصادقا على انه كان ابقا قبل البيع والقول لمدعى الصحة وان
اقاما البينة فبينة من يدعى البيع بعد الاخذ اولى كبينة من يدعى بيع الخمر بعد
ما صار خلا فان بينته اولى من بينة من يدعى البيع حين كان خمرا وفى
الخلاصة اختلفا فى صحة العقد وفساده فبينة الفساد اولى ولو اختلف
رب السلم مع المسلم اليه فقال رب السلم تفرقنا قبل نقد راس المال وقال
المسلم اليه بل بعد النقد واقام البينة فالبينة بينة المسلم اليه وهذا مخالف
لما ذكره ان بينة الفساد فى العقد اولى وقال فى اخر ما يتعلق بالمهر والولد
من دعاوى قاضيخان مات وترك مالا فادعى بعض الورثة عينا من اعيان
التركة ان المورث وهبها منه فى الصحة وقبضه وبقية الورثة قالوا ذلك
فى المرض واقام البينة فبينة مدعى الهبة فى الصحة اولى لانها اكثر اثباتا كذا
فى الجامع الصغير وذكر فى فتاوى النسفى امراة ماتت واختلف الزوج وورثتها
فى مهرها فادعى الزوج انها وهبت منه فى صحتها وادعى الورثة ان الهبة كانت
فى مرض موتها فالقول قول الزوج والبينة بينة الورثة وهذا يخالف
رواية الجامع الصغير والاعتماد على تلك الرواية لانهم تصادقوا على ان
المهر كان واجبا عليه واختلفوا فى السقوط فكان القول قول من ينكر السقوط
ولان الهبة امر حادث والحوادث تحال الى اقرب الاوقات انتهى وفى الوجيز

اختلفا في قدر المسلم فيه او جنسه او صفته او ذرعانه او اختلفا في راس المال كذلك واقاما بينة فهو لرب السلم وفي الدرر اذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن بان ادعى المشتري ثمنا وادعى البايع اكثر منه او في وصفه بان ادعى البايع انه بدراهم رايجة والمشتري انه بدراهم كاسدة او في جنسه بان ادعى البايع انه بالدنانير وادعى المشتري انه بالسلعة مقايضة او بالدراهم او اختلفا في قدر المبيع بان اعترف البايع بقدر من المبيع والمشتري اكثر منه واقام البينة فالبينة بينة من يثبت الزيادة ايهما كان لان البينات للاثبات وان اختلفا في الثمن والمبيع جميعا فحجة البايع في الثمن وحجة المشتري في المبيع اولى انتهى وفيه ايضا بينة كون المتصرف عاقلا اولى من بينة كونه مخلوط العقل او معتوها او مجنونا هكذا ذكره في التاتارخانية عن ابي الفضل ثم ذكر عن علي بن احمد ان بينة الابراء عن الدين حال الصحة اولى من بينة الورثة على الابراء حال مرض الموت اختلفا فقال البايع بعته منك بكذا درهما وقال المشتري اشتريته سلعة فالبينة للبايع لانه يدعي الزيادة وللنقدين زيادة على السلعة وان قال المشتري اشتريته بكذا درهما على ان تشتري سلعتي هذه بكذا درهما وبرهنا فبينة المشتري اولى لانه يدعي فساد البيع وفي القنية وصي باع شيئا فادعت الورثة على المشتري ان الوصي باعه منك بعد العزل عن الوصاية واقاموا البينة واقام المشتري بينة على انه كان وصيا وقت الشراء فبينة المشتري اولى لما فيها من اثبات نفاذ الشراء وسبق التاريخ وقيل بينة العزل اولى من بينة البيع وكذا الطلاق والعتاق من الوكيل انتهى واختار ابو الفضل ان بينة العزل اولى وكذا البقالي معللا بان العزل امر عارض وبينة من يثبت العارض اولى وفي دعوى الذخيرة ادعى دارا انها ملكه وان اباه باعها من ذي اليد في حال بلوغه بغير رضاه وقال ذو اليد ان اباك باعها مني في حال صغرك واقام البينة يجب ان تقبل بينة ذي اليد لانها المثبتة اختلف البايع مع المشتري في هلاك المعقود عليه فقال البايع هلك بعد القبض واقام البينة فبينة البايع اولى وكذا لو ادعى البايع ان المشتري استهلك المبيع وادعى المشتري ان البايع استهلكه فبينة البايع اولى هذا اذا لم يكن

للبينتين

للبينتين تاريخ اما اذا كان لهما تاريخ فتقبل بينة الاسبق في الهلاك والاستهلاك وهذا اذا لم يكن قبض المشتري المبيع ظاهرا واما اذا كان قبضه ظاهرا ثم ان المشتري ادعى ان البايع استهلكه والبايع يدعي ان المشتري استهلكه فههنا بينة المشتري اولى من بينة البايع لان البايع منكرها اقام البايع البينة على البيع واقام المشتري على الاقالة فبينة الاقالة اولى لبطلان بينة البيع باقرار مدعي الاقالة وفي القنية وصي باع كرم الصغير وبلغ الصغير وادعى غبنا فاحشا واقام عليه بينة واقام المشتري بينة انه باعها في صغره بمثل الثمن فبينة الغبن اولى باع ضيعة ولده فاقام المشتري بينة انه باعها في صغره بمثل الثمن والابن اقام بينة انه باعها حال البلوغ فبينة المشتري اولى وقيل بينة الابن اولى باع من ابنه عينا فمات فاختلفت الورثة مع الابن فقال الابن باعها مني في صحته وقالت الورثة باعها في مرضه فالقول للورثة وان اقاما بينة فبينة الصحة اولى لانها قامت على خلاف الاصل لان الاصل اضافة الحوادث الى اقرب اوقاتها وهو وقت المرض ولان هذه البينة قامت في الحقيقة على وجود البيع فتكون اولى لان هذا الاختلاف بين وجود البيع وعدمه في الحقيقة والاصل في الاشياء العدم والوجود طار عليه لو اقام البايع بينة اني بعتها في صغري واقام المشتري بينة انك بعتها بعد البلوغ فبينة المشتري اولى لانه يثبت العارض وقيل بينة مدعي الصغر اولى على ما ذكره في باب اختلاف المتبايعين من القنية وفيه ايضا ان بينة الوصي على ان البايع معتوه وقت البيع وانا وصيه اولى من بينة المشتري ان البايع عاقل وقت البيع وفي طلاق القنية ادعت المراة انه طلقها من غير شرط والزوج يقول طلقها بالشرط ولم يوجد فالبينة فيه بينة المراة ولو ادعت عليه انه حلف لا يضربها وادعى انه لا يضربها من غير ذنب واقاما البينة يثبت كلا الامرين وتطلق بايهما كان انتهى قالوا ان بينة الجرح اولى من بينة التعديل وفيه تفصيل ذكره في شهادات قاضيخان وقد تقدم وقالوا ايضا ان بينة البيع اولى من بينة الرهن ذكره في باب ما يبطل دعوى المدعي من قاضيخان بينة القديم اولى من بينة الحادث ذكره في حيطان

الخلاصة والبزازية وفي القنية والصحيح ان بينة الحدوث اولى من بينة القدم
وفي كتاب الوقف من القنية ايضا ان البينة على ان الوقف بطن بعد بطن اولى
من بينة انه وقف مطلق علينا وعليك وفي باب البينتين المتضادتين من القنية
ايضا ادعى على رجل ان هذه الدار التي في يديه وقف عليه مطلقا وادعى ذو اليد
ان بائعي اشتراها من الواقف وارخ واقاما البينة فبينة الوقف اولى وقيل ان
اثبت ذو اليد تاريخا سابقا على الوقف فبينته اولى والا فبينة الوقف اولى وفيه
ايضا ان بينة متولي الوقف على صحة الوقف اولى من بينة وارث الواقف على
فساده ان كان الفساد لمعنى في صلب الوقف وان كان الفساد بشرط مفسد
في الوقف فبينة الفساد من الوارث اولى على ما مر نظيره في البيع وفي جامع
الفصولين من دعوى الوقف متولي ذو يد لو برهن على الوقف فبرهن الخارج
على الملك يحكم للخارج فلو برهن المتولي بعده على الوقف لا تسمع لان المتولي صار
مقضيا عليه مع من يدعي تلقي الوقف من جهته وعند ابي يوسف تقبل بينة
ذي اليد على الوقف ولا تقبل بينة الخارج على الملك كمن ادعى قنا وقال ذو اليد
هو ملكي وحررته فانه يقضى ببينة ذي اليد وفاقا وبقولهما يفتى انتهى وقالوا
ان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد في دعوى الملك المطلق وبينة ذي اليد
اولى منه في دعوى النتاج وسيأتي تفصيله في دعوى الرجلين من كتاب
الدعوى وقالوا ايضا ان بينة الحرية الاصلية والعتق اولى من بينة الرق
من المولى وسيأتي ذكرها يتعلق به في اخر فصل تنازع اليد [من العبد] وفي مضاربة
المحيط اذا اختلف المضارب مع رب المال في قدر ما شرط من الربح للمضارب
واقاما البينة فبينة المضارب اولى لانها تثبت الزيادة وسنذكر تفصيله في
المضاربة وفي غصب البزازية برهن المالك ان قيمة المغصوب كذا والغاصب
على انه كذا فبينة المالك اولى وفي دعوى قاضيخان ان البينة على ان الميت حر
الاصل اولى من بينة انه معتقه وان ولاءه له وفي كتابة التاتارخانية اختلف
المولى مع مكاتبه في قدر بدل الكتابة او في جنسه واقاما البينة فبينة
المولى اولى لانها تثبت الزيادة الا ان المكاتب اذا ادى مقدار ما قامت عليه بينة

وهو

وهو العتق وهكذا في تحالف الدرر وفي دعوى البزازية ان بينة ولاء الموالاة اولى
من بينة ولاء العتق وفي الحادي عشر من دعوى الخلاصة والبزازية اقام العبد
بينة انه حر وقال ذو اليد انه عبد فلان اودعنيه او اجرنيه واقام البينة عليه
فبينة ذي اليد اولى بخلاف ما اذا اقام العبد البينة على مولاه انه حر الاصل
واقام مولاه البينة انه عبد فبينة العبد اولى لان المولى يصلح خصما لاثبات
بينة العبد الحرية اما هنا فالمودع ليس بخصم لكن يحال بين العبد وبين ذي
اليد استحسانا وفي ادب القاضي من فتح القدير كما تعارضت بينة اليسار
والاعسار قدمت بينة اليسار لان فيها زيادة العلم الا ان يدعي المدعى انه موسر
وهو يقول اعسرت بعده واقام البينة فانها تقدم لان فيها امرا حادثا وهو
حدوث ذهاب المال انتهى وفي دعوى الخلاصة اذا قال للظئر ارضعت ولدي
بلبن البقر وقالت لا بل بلبني واقام البينة فالبينة بينتها وذكر الغانم البغدادي
اختلف المولى مع المكاتب في صحة الكتابة وفسادها فالقول قول من يدعي
الصحة والبينة بينة من يدعي الفساد وفي القنية لو اقام زوج البكر بينة
على سكوتها حين بلغها الخبر واقامت هي بينة على الرد فبينتها اولى ولو اقام الزوج
بينة انها اجازت العقد حين اخبرت واقامت هي بينة على انها ردت فبينة
الزوج اولى بخلاف الاولى لان بينة الزوج ثم قامت على العدم وفي التاسعة
على الاثبات انتهى وفيها ايضا اقام احد الاخوين بينة ان الدار التي في ايدينا
كانت لامي تركتها ميراثا بيني وبين اخي واقام الاخر بينة انها كانت لابينا
تركها ميراثا لنا فبينة الاول اولى لاثباتها الزيادة في الارث وفي البزازية
قالت زوجني وانا صغيرة وقال الزوج كنت بالغة واقاما بينة فبينتها اولى
لانها اقدم وفي العشرين من الفصولين لو تنازع الزوجان بعد الولادة في
صحة النكاح وفساده وبرهنا تقبل بينة الفساد وفي البحر تعارضت بينتا
الاجازة والرد في بيع الفضولي فبينة المشتري اولى اذا تعارضت بينتا ابراء
المراة زوجها في صحتها او مرضها فيه قولان قيل بينة الصحة اولى وقيل بالعكس
وفي دعوى الدين في التركة من البزازية برهن الدائن على ان الورثة باعوا

عينا من التركة المتفرقة وبرهن الوارث على ان الميت كان باعه في صحته وقبض ثمنه
فبينة الداين اولى ولو اجتمع بينة الرهن مع بينة البيع الثبات فبينة البيع اولى وفيها
ايضا ان برهن كل من الخارج وذى اليد على اقرار كل واحد بانه ملك صاحبه تهاترتا
وبترك في يد ذى اليد ولو شهدا لسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع يده عند
ابي ح سواء كان اللونان متشابهين كالحمرة والسواد اولا كالسواد والبياض
وقيل ان كانا متشابهين قبلت والا فلا والاول اصح على ما في العناية وان
اختلفا في الذكورة والانوثة لا يقطع وعندهما لا يقطع فيهما اى في المسئلتين
لان سرقة السوداء غير سرقة البيضاء فلم يتم على كل واحد نصاب الشهادة فصار
كالغصب شهد احدهما بغصب السوداء والاخر بغصب البيضاء وكالاختلاف في
الذكورة والانوثة ولابي ح ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالى من بعيد لكون
السرقة فيها غالبا واللونان قد يتشابهان وقد يجتمعان بان يكون احدى
جانبيها اسود والاخرى ابيض وكل واحد يرى احد اللونين بخلاف الذكورة
والانوثة فانهما لا يجتمعان وبعد امكان التوفيق يجب القبول كما اذا اختلف شهود
الزنا في بيت واحد فان قيل ان طلب التوفيق ههنا احتيال لاثبات القطع والحدود
يحتال لاسقاطه لا لاثباته وان مجرد امكان التوفيق غير معتبر ما لم يصرح به
قلنا لا نسلم انه احتيال لاثبات القطع وانما يكون كذلك ان لو كان فيما هو من
صلب الشهادة كبيان قيمة المسروق ليعلم انه هل كان نصابا فيقطع به اولا
واما اذا كان في اختلاف ما لم يكن في صلب العقد كما نحن فيه فاعتبار التوفيق
فيه ليس احتيالا لاثبات الحد لامكان ثبوته بدونه وان التصريح بالتوفيق
انما يعتبر فيما كان من صلب الشهادة وفي غيره يكفي امكانه وفي الغصب لا تقبل
اتفاقا اى شهدا بالغصب واختلفا في اللون لا تقبل بالاتفاق لان التحمل فيه يكون
بالنهار غالبا على قرب منه فالاختلاف فيه ليس كما في السرقة لكونها في الليل
غالبا هذا اذا لم يدع احد اللونين واما لو ادعى احد اللونين وقال سرق منى او غصب
منى بقرة سوداء فشهدا واختلفا في اللون لم تقبل اجماعا لانه اكذب احد
شاهديه كما لو ادعى احد السببين ثم اختلف الشاهدان واعلم ان ما ذكره من اول

الفصل

الفصل الى هنا فيما اذا لم يدع المدعى عقدا فالآن شرع في بيان ما اذا ادعى عقدا واختلف
الشاهدان فيه وهو في تسع مسائل على ما ذكره في البزازية البيع والاجارة
والكتابة والرهن والعتق على مال والخلع والطلاق والنكاح والمص ذكر ما عدا
الطلاق فقال ولو شهد واحد بالشراء او الكتابة بالف والاخر شهد بالشراء
او الكتابة بالف ومائة ردت يعنى اذا ادعى المدعى البيع وشهد احدهما انه اشتراه
بالف والاخر بالف ومائة لا تقبل سواء كان المدعى يدعى الاقل او الاكثر وسواء
كان المدعى البايع او المشترى وكذا لو ادعى المدعى الكتابة واختلف الشاهدان
في بدل الكتابة بالزيادة والنقصان سواء كان المدعى يدعى الاقل او الاكثر
وسواء كان هو المولى او المكاتب لا تقبل وهذا لان المشهود به في الصورتين
مختلف اذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم اثباته سواء كان المدعى هو البايع
او المشترى وهو يختلف باختلاف الثمن اذ الشراء بالف غيره بالف ومائة
واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة فان قيل لا نسلم ان المقصود اثبات العقد
بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب اعنى العقد وسيلة اليه اجيب بان دعوى
السبب المعين دليل على ان ثبوته هو المقصود ليترتب عليه ملكه حكمه وهو الملك
اذ لو كان مقصوده ثبوت الملك لادعاه وهو لا يحتاج الى سبب معين فان
الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان مقصوده السبب فان قيل التوفيق ممكن
لجواز ان يكون الثمن والبدل اولا الفا ثم زاد عليه مائة الحرى وعرفه به احد
الشاهدين دون الاخر اجيب بان السيد الشهيد ابا القاسم ذهب الى ذلك
وقال تقبل هذه الشهادة بخلاف ما اذا شهدا بجنسين كالف درهم ومائة
دينار حيث لا تقبل لعدم امكان التوفيق لان الشراء الواحد لا يتصور ان يكون
بالف درهم ثم يصير بالف ومائة دينار فكانت المسئلة خلافية ووجه ما في
الكتاب وهو اختيار الجمهور ان الشراء بالف ومائة انما يكون اذا كان الالف
والمائة ملصقين بالشراء واما اذا اشترى بالف ثم زاد مائة فلا يقال اشترى
بالف ومائة ولهذا يأخذ الشفيع باصل الثمن بدون الزائد وكذا الحال اذا كانت
الدعوى في الكتابة اما اذا كان المدعى هو العبد فلا خفاء في كون المقصود من

الدعوى هو العقد واما اذا كان هو المولى فلان العتق لا يثبت قبل اداء البدل فكان
المقصود اثبات العقد ايضا كذا في العناية وكذا العتق على مال والصلح عن قود
والرهن والخلع ان ادعى العبد في العتق على مال والقاتل في الصلح عن قود والراهن
في الرهن والمراة في الخلع لان مقصودهم من الدعوى اثبات نفس العقد ليترتب
عليه حكمه والعقد يختلف باختلاف المال فلا تقبل شهادة الشاهدين احدهما يشهد
بالزيادة والاخر بالنقصان لاستلزامه اختلاف المشهود به وهو العقد وان
ادعى الاخر بان قال المولى اعتقتك على مال الف ومائة والعبد يدعي الالف وقال
ولي القصاص صالحتك بالف ومائة والقاتل يدعي الالف وصورته دعوى
الرهن على ما في الزيلعي ادعى المرتهن ان الراهن رهنه الفا وخمسمائة وادعى انه قبضه
ثم اخذه الراهن فطلب الاسترداد منه فاقام بينة فشهد احدهما بالف والاخر بالف
وخمسمائة يثبت اقلهما انتهى ولا يخفى عليك ان هذا صورة دعوى العقد من المرتهن
فينبغي ان لا تقبل اصلا كما في دعوى الراهن واما صورة دعوى الدين من المرتهن
فهي على ما في فتح القدير ان يقول المرتهن اطالبه بالف وخمسمائة لي عليه على رهن
له عندي وصورة دعوى الخلع عن الزوج بان قال الزوج خالعتك على الف ومائة
والمراة تدعي الالف كان كدعوى الدين في انه تقبل على الالف اذا ادعى الفا ومائة
بالاتفاق لقضية العطف وان ادعى الاقل وهو الالف يعتبر فيه الوجوه الثلاثة
المذكورة في الدين من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما على ما تقدم في دعوى
الدين والاصل هنا ان كلا من العتق والصلح عن قود والطلاق يثبت باعتراف
صاحب الحق من المولى وولي القود والزوج فبقي الدعوى في مجرد الدين واما في
الرهن فان كان المدعي هو الراهن لا تقبل تلك الشهادة لعدم اتصالها بالدعوى
لان الراهن لما لم يكن له ان يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة
فكانت كان لم يكن وان كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضى باقل المالين هكذا
ذكره في العناية ثم قال قيل عقد الرهن بالف غيره بالف ومائة فيجب ان لا تقبل
البينة وان كان المدعي هو المرتهن لانه كذب احد شاهديه واجيب بان الرهن عقد
غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان في حكم العدم فكان

الاعتبار لدعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بدين فتقبل البينة كما في سائر الديون
ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين والاجارة كالبيع عند اول المدة اي قبل
انقضائها فلا تقبل الشهادة المذكورة فيها لان المقصود قبل مضي المدة اثبات العقد
وقد اختلف باختلاف البدل اي الاجرة كاختلاف البيع باختلاف الثمن وكالدين
بعدها لان المدعي بعدها اما الآجر او المستاجر فان كان الآجر فهو دعوى المال
فيقضى باقل المالين ان ادعى الاكثر وشهد احدهما بالاقل والاخر بالاكثر لان
المدة اذا انقضت كانت المنازعة في وجوب الاجر فصار كدعوى الدين وان كان
الثاني فقال بعض مشايخنا فهذا دعوى العقد بالاجماع فيكون في معنى الاول فتبطل
الشهادة ويؤاخذ المستاجر باعترافه بالاقل او الاكثر وفي الخلاصة وان كانت
الدعوى بعد مضي المدة والمدعي هو المستاجر فهي كدعوى البيع وفي النكاح تقبل
بالالف استحسانا يعني اذا اختلف الشهود في النكاح فشهد احدهما بالف والاخر
بالف ومائة قبلت بالف عند ابي ح استحسانا لان المال في النكاح تابع حتى صح
بلا تسمية مهر والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الاصل فكان ابتداءا
ثابتا بلا اختلاف فاذا وقع الاختلاف في المال يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه كما
في الدين ولا فرق فيه اي في النكاح بين دعوى الاقل او الاكثر لان المنظور اليه
هو العقد وهو لا يختلف باختلاف البدل لكونه غير مقصود فلا يراعى فيه ما هو
شرط في الدين من دعوى الاكثر وقيل تشترط فيه دعوى الاكثر ايضا لكونه
كالدين واختاره شمس الائمة والاصح هو الاول على ما في الهداية وقالا ردت فيه ايضا
اي كما في البيع لان هذا اختلاف في السبب لان المقصود من الجانبين هو العقد والاختلاف
في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع ثم قيل هذا الاختلاف فيما اذا كانت المراة
هي المدعية واما اذا كان المدعي هو الزوج فلا تقبل بالاجماع لان مقصود المراة
قد يكون المال بخلاف الزوج فان مقصوده ليس الا العقد فيكون الاختلاف
فيه وهو يمنع القبول وقيل الخلاف في الفصلين جميعا وهو الاصح على ما في
الهداية وعلله في العناية بان الكلام ليس في ان الزوج يدعي العقد او المال
او المراة تدعي ذلك وانما الكلام في ان الاختلاف في الشهادة على مقدار المهر

هل يوجب خللا في نفس العقد او لا يوجب قال ابو ح لا يوجب ذلك وقالا يوجبه
ولابد من الجر اي جر الميراث الى المدعي في شهادة الارث بان يقول الشاهدان
فلان وهذا المدعي وارثه وتركه ميراثا للمدعي او مات وهذا ملكه او في يده حتى
لو قال الشاهد كان هذا المورث لهذا المدعي لا يقضي للوارث حتى يجر الى المدعي على ما
ذكره المص هذا عند ابي ح ومحمد خلافا لابي يوسف قال ان ملك المورث ملك
الوارث بطريق الخلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به واذا كان كذلك صارت
الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث بلا جر ولهما ان ملك الوارث يتجدد
في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث
الغني ما كان صدقة على المورث الفقير والمتجدد يحتاج الى النقل والجر لئلا يكون
الاستصحاب مثبتا الا انه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت
لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده لان الايدي عند الموت تنقلب يد
ملك بواسطة الضمان اذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت ان يسوي اسبابه
ويبين ما في يده من الودايع والغصوب فاذا لم يبين علم ان ما في يده ملكه
فجعل اليد عند الموت دليل الملك فان قيل قد يكون اليد يد امانة ولا ضمان
فيها حتى تنقلب بواسطته يد ملك اجيب بان الامانة تصير مضمونة بالتجهيل
بان يموت ولم يبين انها وديعة فلان لانه ترك الحفظ وهو تعد يوجب الضمان
وهل يلزم للمدعي ان يدعيه بسبب الارث او يكفيه دعوى ملك مطلق ففي المحيط
السرخسي انه يكفيه دعوى الملك المطلق حيث قال فيه سئل شيخ الاسلام ابو
الحسن السغدي عمن ادعى عينا في يد انسان ملكا مطلقا وشهد له الشهود انه
ورثه من ابيه قال لا تقبل هذه الشهادة فقيل له ان محمدا ذكر في الاصل وفي الجامع
ان من ادعى ملكا مطلقا وشهد الشهود بالسبب ان الشهادة تقبل قال هذا هكذا في
موضع صحت الشهادة على السبب والشهادة على السبب هنا لا تصح لانهم شهدوا بالميراث
ولم يجروا الميراث ولكن هذا ليس بصواب فان قولهم ورثه من ابيه كاف لاثبات
الملك بسبب الميراث كقولهم اشتراه من فلان وهو معنى جر الميراث فكانت الشهادة
صحيحة فيجب قبولها انتهى والى ما ذكرناه اشار المص حيث قال ولابد من الجر في شهادة

الارث ولم يقل في دعوى الارث ثم اعلم انه كما لابد من الجر في شهادة الارث لابد فيها
ايضا من بيان جهة الوراثة لما في البزازية نقلا عن الاقضية شهدا بانه وارثه
لا وارث له غيره او اخوه او عمه لا نعلم له وارثا غيره لا تقبل حتى يبينا طريقة
الوراثة او طريقة الاخوة والعمومة لاختلاف الاسباب وكذا اذا قال مولاه
لابد من بيان طريقة المولية لان المولى مشترك فان قالا هو مولاه اعتقه
ولا نعلم له وارثا غيره ح تقبل كذا في المنقلع ولنشترط ذكر لا وارث له غيره
لاسقاط التلوم عن القاضي وقوله لا اعلم له وارثا غيره بمنزلة لا وارث له
غيره عندنا وكل من لا يحجب حجب حرمان كالاب والابن اذا ذكرا انه ابوه
او ابنه لا يشترطان يقولوا هو وارثه على ما هو المختار للفتوى وفي ذكر
الاخوة والعمومة لابد من ذكر لفظ الوراثة لاحتمال ان يكون رضاعا او قبيلة
او نسبا ولابد ايضا من ذكر ابن عم لاب وام اولهما كما لابد من ذكر انه اخ
لاب وام اولهما او عم لاب وام اولهما في شهادة الاخوة والعمومة ولو شهدوا
انه ابن ابنه او بنت ابنه لابد من ان يقولوا انه وارثه وفيها ايضا شهدا بانه اخ
الميت وقضى به ثم شهد هذان لاخر على انه ابن الميت ايضا لا يبطل القضاء الاول
بل يضمنان للثاني ما اخذ الاول من الميراث انتهى وذكر في البحر انهم اذا شهدوا
انه اخوه فلابد من بيان انه اخوه لاب وام اولهما ثم ذكر نقلا عن الظهيرية ادعى
انه وارث فلان الميت واقام شاهدين فشهدا انه وارث فلان الميت لا وارث له
غيره فان القاضي يسألهما عن النسب ولا يقضي قبل السؤال ولو اقام المدعي بينة
انه وارث فلان الميت وان قاضي بلد كذا فلان بن فلان قضى بانه وارثه
لا وارث له غيره واشهدنا على قضائه ولا يدري باي سبب قضى فان القاضي
يسأل المدعي عن النسب الذي قضى له القاضي به فان بين قضى له بالميراث
لان قضاء القاضي يحمل على الصحة ما امكن ولا ينتقض بالشك ولا يقضي بالنسب
الذي بين المدعي لان هذا القاضي لا يدري ان القاضي الاول هل قضى بذلك
النسب ام لا هكذا في قاضيخان ايضا ثم ذكر مسئلة من الظهيرية استدل على
ان الجر شرط في شهادة ملك المورث لا في شهادة شراء المورث وهي ادعى دارا

في يد رجل ان اباه اشتراها من ذى اليد بالف درهم ومات ابوه فجحد البايع ذلك
صح دعواه وان لم يذكر في دعواه ان اباه مات وتركها ميراثا له وهو الذى يقال الجر
شرط عند ابح ومحمد لصحة الدعوى ثم القاضي يسال البينة فاذا اقام البينة على
ذلك وقالوا لا نعلم له وارثا غيره لابد من الجر لصحة الدعوى انتهى قال وبه ظهر
ان الجر شرط لصحة الدعوى ايضا لا لصحة الشهادة والقضاء فقط انتهى فقد استدل
بهذه المسئلة على امرين احدها ان الجر شرط في شهادة الملك لا في شهادة الشراء
والثاني انه شرط لصحة الدعوى ايضا والاول ظ وان اراد بالثاني الاجر الشاهد شرط
لصحتها فمسلم وهو الظ من تلك المسئلة وان اراد ان جر المدعى في دعواه شرط لصحة
دعواه فهو ممنوع ولا دلالة عليه في تلك المسئلة ايضا كيف وقد ذكرنا انفا من
المحيط مسئلة يستدل بها على عدم اشتراط جر المدعى في دعواه ثم من شرط
قبول الشهادة بالميراث ان يدرك الشاهد الميت لما في البزازية شهدا ان فلان بن
فلان مات وترك هذه الدار ميراثا له ولم يدركا الميت فشهادتهما باطلة لانهما
شهدا بملك لم يعاينا سببه ولا واياه في يد المدعى فان قال الشهود كان هذا
الشئ لاب المدعى اعارة من ذى اليد او اودعه اياه قبلت الشهادة اتفاقا بلا جر
اما عند ابح فلان قيام اليد عند الموت يغنى عن الجر وقد وجد ذلك لان يد المستعير
والمودع يد المعير والمودع واما عند ابى يوسف فلعدم ايجاب الجر في الشهادة
مطلقا واعلم انه قال في الكنز وملك المورث لم نقض لوارثه بلا جر الا ان يشهدا
بملكه او بيده او يد مستعيره وقت الموت قلت هذا احسن من كلام المص بوجهين
احدها ان المص جاء بالفاء التفريعية حيث قال فان قال وليس محل التفريع و
والثاني انه جعل الشهادة بملكه وبيده من قبيل الجر وجعل الشهادة بيد مستعيره
ومودعه مما لا يحتاج الى الجر مع ان الشهادة بملكه وبيده مثل الشهادة بيد مستعيره
ومودعه في عدم كونه من قبيل الجر كما جعله صاحب الكنز وان شهدا ان هذا
الشئ كان في يد المدعى منذ كذا ردت يعنى اذا ادعى دارا في يد رجل فاقام البينة
وقالا نشهد ان الدار كانت في يد المدعى منذ شهر مثلا والحال انها ليست في يد المدعى
وقت الدعوى لا تقبل في ظاهر الرواية وهو قول ابح ومحمد وقال ابو يوسف

انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدا بالملك قبلت فكذا لو شهدا باليد ووجه
الظ ان الشهادة قامت لمجهول لان اليد منقضية تزول باسباب الزوال فربما زالت
بعد ما كانت فيكون مجهولا والقضاء بالمجهول متعذر ولانها اى اليد متنوعة
الى يد ملك ويد امانة وضمان فكانت مجهولة والقضاء باعادة المجهول متعذر
بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وان شهدا انه كان ملكه قبلت بالاتفاق لان
الملك مقصوده فتقبل الشهادة عليه قال الامام السرخسى في المحيط اذا ادعى رجل
جارية في يد رجل وقال هذه الجارية كانت لى وشهد الشهود انها له لم تذكر هذه
المسئلة في شئ من الكتب وقد اختلف المشايخ فيها بعضهم قالوا تقبل لان هذا
الاختلاف لو وقع بين الشاهدين بان ادعى المدعى انها له وشهد احدهما انها له وشهد
الاخر انها كانت له لم يمنع قبول الشهادة فكذا اذا وقع بين المدعى والشاهدين
ومنهم من قال انها لا تقبل وهو الاصح وعلى قياس قول هذا القائل اذا ادعى المدعى
انها له وشهد الشاهدان انها كانت له ينبغى ان لا تقبل الشهادة ولو اقر المدعى عليه
انه كان في يد المدعى امر بالدفع اليه لان جهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار وكذا
لو شهدوا باقراره بذلك لان المشهود به هو الاقرار وهو معلوم والجهالة في
المقر به وذلك لا يمنع القضاء وذكر الامام السرخسى في المحيط هذه المسئلة وقاس
عليه مسئلة اخرى وقال وكذلك اذا عاين القاضي كونه في يد المدعى امس يامر
بالتسليم الى المدعى وقال فيه ايضا اذا ولدت امة الرجل ولدا فادعت ان مولاها
اقر به وجحد المولى ذلك فاقامت على ذلك شاهدين فشهد احدهما انه ابنه ولد
على فراشه وشهد الاخر ان المولى اقر به لا تقبل شهادتهما لان المشهود به قد اختلف
بالفعل والقول انتهى **باب الشهادة على الشهادة** لما فرغ عن بيان شهادة
الاصول شرع في بيان شهادة الفروع على ما هو مقتضى الترتيب الطبيعى وهى جائزة
جائزة استحسانا لمساس الحاجة اليها عند عجز الاصل في كل حق لا يسقط بالشبهة
تقبل في غير حد وقود لا فيهما لما فيها من شبهة البدلية من حيث المشهود به وشبهة
زيادة احتمال الكذب اما شبهة البدلية فلان البدل ما لا يصار اليه الا عند العجز
عن الاصل وهذه الشهادة كذلك واما انها من حيث المشهود به فلان المشهود به

بشهادة الفروع هو شهادة الاصول والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه
المدعي واما شبهة زيادة احتمال الكذب فان في شهادة الاصول تهمة الكذب
لعدم العصمة وفي شهادة الفرع تلك التهمة مع زيادة احتمال كذبهم مع امكان
الاحتراز بجنس الشهود بان يزيد وا في عدد الاصول عند اشهادهم حتى ان تعذرت
اقامة بعض اقام بها الباقون فلا تقبل في الحدود والقود وفي اطلاق المص
اشارة الى ان الشهادة على الشهادة جائزة في الوقف على ما هو الصحيح صونا عن
اندراسه وليشمل التعزير ايضا وهو جائز وقضاء القاضي ايضا صرح هذه الثلثة
في البحر وقال في نفسها ذات القنية بعلامة شرف الدين المكي خرج الحاكم عن
المحكمة ثم اشهد على حكمه يصح الشهادة وهذا دليل على جوازها في قضاء القاضي
ثم قال رامزا الى القاضي عبد الجبار والحضور شرط وهذا ظاهر في عدم جوازها
فكانت المسئلة خلافية ويجوز في النسب ايضا على ما سياتي الاشارة اليه في
الكتاب وان وصلية كثرت اي الشهادة على الشهادة وهلم جرا اعني الشهادة على
شهادة الفروع ثم وثم وشرطها اي للشهادة على الشهادة تعذر حضور الاصل
بموت يعني لو مات الاصل يجوز للفروع ان يشهد بعد موته على ما اشهد به
وفي الخانية ما يخالف هذا حيث قال في كتاب القاضي الى القاضي ان الاصل اذا مات
قبل ان يشهد الفروع على شهادة الاصل بطل الشهادة وقال في قضاء النهاية
ان الاصل اذا مات لا تقبل شهادة فرعه او مرض يمنعه عن الحضور بمجلس القضاء
وكونها مخدرة عذر كالمرض كما في القنية حيث قال الاصل في الشهادة
اذا كانت امراة مخدرة يجوز اشهادها على شهادتها والمراة التي تخرج من
بيتها لقضاء حاجتها ولاجل الحمام ونحوه تكون مخدرة بشرط ان لا يخالط الرجال
انتهى او سفر لان ما دون مدة السفر ليس بعجز في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
ان الاصل لو كان في مكان لو غدا الى مجلس القضاء لاداء الشهادة لا يمكنه ان
يبيت في منزله يجوز له الاشهاد دفعا للحرج واحياء لحقوق الناس قالوا الاول
احسن والثاني ارفق وروي عن ابي يوسف ومحمد واخذه كثير من مشايخنا
انها تقبل مطلقا وان كانوا في المصر لانهم ينقلون قولهم فكان كنقل اقرارهم

وفي

وفي البزازية قالوا هذا غير ظاهر فلا يفتى به واختار الامام السرخسي في المحيط جوازه
حيث قال فيه الاشهاد على الشهادة صحيح وان كان في المصر بلا اختلاف حتى
اذا غاب الاصل بعد ذلك او مات فشهد الفرع على شهادته تقبل وان كان
الاصل محبوسا في المصر واشهد على شهادته هل يجوز للفرع ان يشهد على شهادته
واذا شهد عند القاضي فالقاضي هل يعلم بها انه فاختلفوا فيه قال بعضهم ان كان
محبوسا في سجن هذا القاضي لا يجوز وان كان محبوسا في سجن الوالي ولا يمكنه
الاخراج من الحبس للشهادة يجوز وقال بعضهم ينبغي ان لا يجوز هذه الشهادة
انتهى وفي الصغرى الاشهاد على الشهادة جائز بلا عذر بالاصول حتى لو حلهم
العذر بعد التحميل فشهد وا بذلك التحميل يجوز وهل يكفي مجرد سفر الاصل في
شهادة الفرع بان يجاوز مصره قاصدا السفر على ما هو الظ من كلام المص
او يلزمه من غيبة الاصل ثلاثة ايام ولياليها ففي البحر انه يجوز للفرع ان يشهد
على شهادة الاصل بمجرد سفر الاصل وفي الخلاصة لا بد وان يكون في مسيرة
ثلثة ايام ولياليها وهكذا في العناية ايضا فان قيل قد صرح في البزازية والعناية
انه لو شهد واحد على شهادة نفسه والاخران على شهادة غيره تصح هذه الشهادة
فدل هذا على ان الشهادة على الشهادة جائزة مع حضور الاصل فكيف يشترط
تعذر حضوره قلنا ان الشاهدين الاخرين في هذه المادة ليسا بشاهدين
عن الاصل الحاضر بل هما شاهدان عن الاصل الغائب الذي تعذر حضوره باحد
الاعذار المذكورة وان شهد عطف على تعذر عن كل اصل اثنان خلافا لمالك قال
يكفي شهادة واحد عن كل اصل لان الفرع قائم مقام الاصل فكانه حضر بنفسه
ولنا ما روي عن علي لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل
شهادة الاصل حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة لانها حجة ملزمة وفي
قوله عن كل اصل اشارة الى انه لا يشترط ان يكون الشهود على شهادته اي الاصل
رجلا لان للمراة ايضا ان يشهد على شهادتها رجلين او رجل وامراتين كذا في
البحر وفي قوله اثنان اشارة الى انه لا يشترط ان يكون الفرع رجلا بل يجوز
ان يكون الفرع امراة ايضا لكنه يشترط ان يكون من رجل وامراتين كذا في البحر

ويظهر ضعف ما في الحاوي القدسي من انه لا تقبل شهادة النساء على الشهادة وهل
يجوز شهادة الابن على شهادة الاب ففي البزازية نقلا عن الصغرى شهادة الابن
على شهادة الاب جائز وعلى قضائه لا يجوز وفي رواية والصحيح الجواز على قضائه
ايضا وفي الكافي ان شهد كافران على شهادة مسلمين لكافر على كافر لم يجز وقال
في البزازية نقلا عن الاصل شهدا عن رجل واحدهما اصل في شهادته فرع
عن اخر ثم شهد هذا بعد نقل شهادة الاصل على شهادة بنفسه لا يقبل لا دائه
الى ان يثبت بشهادة واحد ثلاثة ارباع الحق وانه خلاف وضع الشهادة انتهى فعلم
منه ان المراد بالاثنين من لا يكون اصلا في شهادته قطعا لا تغاير فرعي الشاهدين
الاصليين خلافا للشافعي فانه قال لا يجوز الا ان يشهد على شهادة كل منهما شاهدان
غير اللذين شهدا على شهادة الاخر فذلك اربع على كل اصل اثنان ولنا اطلاق
ما روينا عن علي ولان نقل الشهادة من الحقوق فاذا شهدا بها اثنان فقد تم
النصاب ثم اذا شهدا بشهادة الاخر شهدا بحق اخر غير الاول وصفتها اي صفة
الشهادة على الشهادة ان يقول الاصل اشهد على شهادتي اني اشهد بكذا لان
الفرع نائب عن الاصل فلا بد له من التحميل والتوكيل ويقول الفرع عند الاداء اشهد
ان فلانا بن فلان بن فلان لانه لا بد ان يذكر الفروع اسماء الاصول واسماء
ابائهم واجدادهم على ما صرح به في الخلاصة اشهدني على شهادته بكذا وقال لي
اشهد على شهادتي به لانه لا بد في شهادة الفرع من شهادته وذكر شهادة الاصل
وذكر التحميل وهذه العبارة جامعة لها اعلم انهم طولوا الكلام في بيان لفظ
الشهادة على الشهادة ففي المحيط السرخسي ان كثيرا من مشايخنا قالوا في تحميل
الشهادة يقول شاهد الاصل بين يدي شاهد الفرع اشهد ان لفلان على فلان
كذا وانا اشهدك على شهادتي فاشهد انت على شهادتي بذلك فيحتاج الى خمس
شينات وقالوا في اداء الشهادة على الشهادة ان الفرع يقول بين يدي القاضي
اشهد ان فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا من المال واشهدني على
شهادته وامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته الان فيحتاج الى ثمان
شينات قال الخصاف وجماعة من المحققين كالفقيه ابي جعفر وغيره هذا تكلف

وما

وما دونه يكفي في التحميل والاداء اما في التحميل فيقول الاصل في الاشهاد اشهد ان
لفلان على فلان كذا فاشهد انت على شهادتي بكذا فيحتاج الى ثلاث شينات واما
في الاداء فيقول الفرع عند القاضي اشهد ان فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان
كذا واشهدني على شهادته وانا اشهد على شهادته بذلك فيحتاج الى ست شينات
واختار شمس الائمة الحلواني لفظا اخر وهو ان يقول في الاداء اشهد على شهادة فلان
ان لفلان على فلان كذا اشهدني فلان على شهادته وامرني ان اشهد بها فيكفي خمس
شينات او يقول اشهد ان فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا واشهدني
على شهادته وقال الفقيه ابو الليث اذا قال الفرع اشهد على شهادة فلان بكذا جاز
ولا يحتاج الى شيء زيادة وهكذا حكى شمس الائمة السرخسي وذكره ايضا محمد في السير
الكبير والمص اختار في الاداء خمس شينات كما اختاره الحلواني وقال في الاقضية
وهو المختار واختار في التحميل ثلاث شينات كما اختاره الخصاف ويصح تعديل
الفرع اصله في ظاهر الرواية لانه من اهل التزكية وقيل لا يصح تعديل اصله لما
فيه من تهمة تنفيذ شهادة نفسه لشهادتها بتعديل اصله واجيب بان العدل لا يتهم
بمثله قال الامام السرخسي في المحيط ان محمدا لم يشترط في المبسوط سؤال القاضي
عن عدالة الاصل واغا عرف هذا من جهة الخصاف ثم ذكر وروي عن محمد ان تعديل
الفرع الاصول لا يكون صحيحا وهكذا ذكر عن ابي يوسف ويصح ايضا تعديل احد
الشاهدين الاخر لما ذكرناه من انه اهل للتزكية قيل لا يصح هذا ايضا لما فيه من
تهمة المشاركة والجواب ما مر انفا فان سكت الفرع عن تعديل الاصل او قال
لا اخبرك او قال لا اعرفه عدلا او لا جاز شهادته ولكن نظر القاضي في حاله اي
حال الاصل بان سئل من غير الفرع من المزكين عند ابي يوسف وقال محمد
واختاره الخصاف ترد شهادته لانه لا شهادة الا بالعدالة فان لم يعرف الفرع
عدالة الاصل لم ينقل شهادته فلا تقبل ولابي يوسف ان اللازم على الفرع مجرد
نقل الشهادة دون تعديل الاصل لان التعديل قد يخفى عليهم فاذا نقلوها
فقد اقاموا ما وجب عليهم ثم القاضي يتعرف العدالة كما اذا حضر الاصول
بانفسهم فشهدوا وقال الامام السرخسي والصحيح قول ابي يوسف وتبطل شهادة الفرع

بانكار الاصل الشهادة فسر الانكار في العناية بقوله بان قالوا ما لنا في هذه الحادثة
شهادة ثم جاء الفروع ليشهدون بشهادتهم لم تقبل شهادة الفروع وفسره في
البحر بقوله بان قالوا لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا او غابوا ثم شهد الفروع وتفسير
البحر مبني على تفسير الشهادة بالاشهاد على ما فسره كذلك في الزيلعي وعلى التفسيرين
انما لا تقبل بعد الانكار لان التحميل لم يثبت بالتعارض بين الاصول والفروع والتحميل
شرط في شهادة الفروع اطلق الانكار فشمل ما كان قبل شهادة الفرع وما كان
بعد شهادته وقبل القضاء صورة الاول ما ذكرناه آنفا وصورة الثاني ما
قال في البزازية نقلا عن الجامع شهدا على شهادة رجلين فقبل ان يقضي القاضي
بشهادتهما حضر الاصلان ومنعا الفرعين عن الاداء قيل لا يعمل المنع والاصح انه
يعمل المنع فيبطل شهادتهما وعليه عامة المشايخ فعلم منه ان شهادة الفرع يبطل
بنهي الاصل وقال في منية المفتي نهي الاصل الفرع عن الاداء بعد ما امره لا رواية
فيه عن المتقدمين واختلف المتأخرون فيه وفي الخانية رجل اشهد رجلا
على شهادته ثم نهاه ان يشهد على شهادته لا يصح نهيه في قول الح وابي يوسف
حتى لو شهد بعد النهي جازت شهادته وفي البحر نقلا عن الخلاصة لو سئل الاصول
عن الفروع فسكتوا لم يبطل الاشهاد بسكوتهم ولذا قيد المص بالانكار ومما يبطل
به شهادة الفروع ايضا ما ذكر في الخلاصة والبزازية انه اذا خرس الاصلان
او عميا او فسقا او ارتدا او جنا لم تجز شهادة الفروع وهل يبطل بحضور الاصل
ثم حضر الاصول قبل القضاء لا يقضي بشهادة الفروع انتهى قال وظاهر قول الخانية
لا يقضي دون ان يقول بطل الاشهاد ان الاصول لو غابوا بعد ذلك قضى
بشهادتهم انتهى قلت الظاهر من مسئلة الخانية كون شهادة الفروع عند حضور
الاصل موقوفا لا باطلا وان الممتنع القضاء بها بعد غيبوبة الاصل فلا يصح
الاستدلال بها على البطلان كما استدل صاحب البحر وان شهدا اي الفرعان
على شهادة اثنين على فلانة بنت فلان الفلانية اي المصرية او الكوفية او نحوها
وقالا اي الفرعان اخبرنا الاصلان انهما يعرفانها اي تلك المرأة وجاء المدعي
بامرأة لم يدريا اي الفرعان انها اي المرأة التي اتاها المدعي هي التي فلانة بنت فلان

الفلانية ام لا قيل له اي للمدعي هات شاهدين انها هي لان الشهادة على المعرفة بالنسبة
قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك
النسبة كما اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري
بعد ما انكر ان يكون المحدود بها في يده لا بد من شاهدين آخرين يشهدان بان
المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا في نقل الشهادة اي كتب قاض بلد الى آخر
شاهدان شهدا عندي ان لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني
كذا درهما فاقض عليه بذلك فاحضر المدعي فلانا في مجلس القاضي المكتوب اليه
ودفع اليه الكتاب يقول القاضي هات شاهدين ان هذا الذي احضرته هو
فلان المذكور في هذا الكتاب ليمكن الاشارة اليه في القضاء هذا واعلم انه
ليس الغرض من ذكر هذه المسئلة افادة انه اذا شهدا على فلانة بنت فلان الفلانية
تكون النسبة تامة والشهادة مقبولة لانه لا بد من ذكر الجد او ما يقوم مقامه
من النسبة الى السكة الصغيرة او الى القبيلة الخاصة ليتم النسبة وتقبل الحجة بل
الغرض منها انه لا يشترط ان يعرف الفرع المشهود عليه بل يقال للمدعي عند عدم
معرفة الفرع هات شاهدين يشهدان الذي احضرته هو المشهود عليه والى
هذا اشار بقوله فان قالا اي الشاهدان فيهما اي في باب الشهادة على الشهادة
وباب كتاب القاضي الى القاضي التميمية او المصرية او نحوها بان قالا فلانة بنت
فلان التميمية لا يجوز الشهادة حتى ينسباها الى فخذها لان في الشهادة لا بد
من التعريف وهو لا يحصل الا بالنسبة الخاصة وهي بالجد او الفخذ لان الفخذ
على ما في الصحاح آخر القبائل الست اولها الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة
ثم البطن ثم الفخذ فكان الفخذ اخصها ولهذا فسرها في الهداية بالقبيلة
الخاصة فالنسبة اليها تكون خاصة كالنسبة الى الجد بخلافها الى التميمية لانهم
قوم لا يحصون فكم بينهم نساء اتحدت اساميهن واسامي ابائهن فلم يحصل التعريف
وهذا في العرب واما في العجم فلا يشترط ذكر الفخذ عندهم لانهم ضيعوا انسابهم
بل ذكر الصناعة يقوم مقام ذكر الجد كذا في شرح الوقاية والتعريف بذكر الجد
او الفخذ يعني لا يجوز الشهادة حتى ينسباها الى فخذها لانه لا بد في الشهادة من

التعريف والتعريف انما يحصل بذكر الجد او بما يقوم مقامه وهو الفخذ لخصوص النسبة
فيها اما في الجد فلقلة الاشتراك في اسم الجد بخلاف اسم الاب لان الاشتراك فيه
كثير فلا يحصل به التعريف واما الفخذ فلقيامه مقام الجد لان الفخذ يقال للقبيلة
الخاصة او للجد الاعلى فنزل منزلة الجد في النسبة وهو اب الاب الملتقى ونسبة
العبد الى المولى كالنسبة الى الاب والى مولى المولى كالنسبة الى الجد كما سيأتي
قال في الاشباه المشهود عليه بشيء ان كان حاضرا كفت الاشارة اليه
وان كان غائبا فلا بد من تعريفه باسمه واسم ابيه وجده ولا يكتفى بالنسبة
الى الفخذ ولا الى الحرفة ولا يكفي الاقتصار على الاسم الا ان يكون مشهورا ويكفي
النسبة الى الزوج لان المقصود الاعلام انتهى وكذا اذا كان المشهود عليه ميتا لا بد
من تعريفه باسمه واسم ابيه وجده على ما صرح به في اوائل شهادات الدرر
وهو الظاهر في باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل من العناية فانه لم يفرق ثمه بين
كون المشهود عليه ميتا او غائبا لكنه لو قضى القاضي بدون ذكر اسم الجد
نفذ كذا في شهادات الدرر نقلا عن العمادي معللا بان في اشتراط ذكر الجد
اختلافا ولا ينوب عن ذكر الجد صناعته الا اذا كان معروفا بها بان لا يكون في
بلده شريك له في تلك الصناعة والحاصل انه لا بد في التعريف من ذكر الجد الاعلى
وهو اب الاب الملتقى او ما يقوم مقامه في التعريف كالفخذ وعليه الفتوى
وافتى به مشايخ الاسلام وبه افتيت مرارا ولا يكفي ذكر اسم الاب الملتقى واما ذكر
اسم اب اب الاب الملتقى فغير لازم وفي الفصولين في الفصل التاسع انه يجب
في تعريف القن ان يكتب انه عبد فلان او مولى فلان اذ المعتق يعرف بولاه
وان كان مولاه معتقا ايضا لا بد ان يقال انه مولى فلان وان كان المولى
الثالث معتقا ايضا ولم ينسب الى مولاه لا باس به اذ المولى الثالث بمنزلة الجد في
النسب فيجوز الاقتصار عليه انتهى او بنسبة خاصة احترز بها عن النسبة
العامة لانها لا يحصل التعريف بها فبين النسبة الخاصة والعامة بقوله والنسبة
الى المصر او المحلة الكبيرة عامة والى السكة الصغيرة خاصة لعموم الاشتراك في الاولى
وخصوصها في الثانية

باب الرجوع عن الشهادة

معناه شرعا نفي ما اثبته اولا

وشرطه ان يكون في مجلس القاضي حتى لا يصح الرجوع في غير مجلس القاضي ولهذا لو ادعى
المشهود عليه عند القاضي رجوع الشاهد في غير مجلس القاضي وانكر الشاهد
ذلك فاراد المشهود عليه اثباته بالبينة او اراد ان يستحلفه على انكاره ليس له ذلك
على ما سيصرح به في الكتاب وركنه هو قول الشاهد رجعت عما شهدت به او شهدت
بزور فيما شهدت به او كذبت في شهادتي هذه بخلاف ما لو انكرها حيث لم يكن
رجوعا على ما في البحر نقلا عن الخزانة واما حكمه فهو على ما ذكره في المحيط السرخسي
رجوع الشاهد ان كان قبل القضاء يصح في حق نفسه وفي حق غيره حتى يجب على
الشاهد التعزير ولا يقضي القاضي بشهادته على المشهود عليه وان كان رجوعه
بعد القضاء كان ابو حنيفة يقول اولا ينظر الى حال الراجع ان كان حاله عند الرجوع
افضل من حاله وقت الشهادة في العدالة صح رجوعه في حق نفسه وفي حق
غيره حتى يجب عليه التعزير وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه لترجح
جانب الصدق في رجوعه وان كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند الشهادة
في العدالة او دونه يجب عليه التعزير ولكن لا ينقض القضاء به ولا يرد المشهود به
على المشهود عليه ولا يجب الضمان عليه لعدم رجحان جانب الصدق في رجوعه
ثم رجع عن هذا القول وقال لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال حتى
لا ينقض القضاء ولا يرد المشهود به على المشهود عليه وهو قول ابي يوسف ومحمد
فاذا صح رجوع الشاهد ينظر بعد هذا ان لم يكن المشهود به مالا بان كان
قصاصا او نكاحا فلا ضمان على الشاهد عند علمائنا وانما يضمن الدية في
القصاص واذا صار الشاهد متلفا لذلك بشهادته بان كان مالا فان كان
الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان على الشاهد ايضا لان الاتلاف بعوض
كلا اتلاف وان كان بعوض لا يعادله فبقدر العوض لا ضمان ويجب الضمان
فيما وراءه وان كان الاتلاف بغير عوض اصلا يجب ضمان الكل ثم ان كان المشهود
عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد المال وانما يضمنها اذا استوفى المشهود له
ذلك من المشهود عليه على ما ذكره شيخ الاسلام في شرحه وسوى شمس
الائمة السرخسي بين العين والدين وقال ليس للمشهود عليه ان يضمن الشاهد في

فصل العين قبل ان ياخذ العين من يده كما في فصل الدين ثم ينظر الى قيمة المشهود به
يوم القضاء لان وجوب الضمان عليهما بالاتلاف والاتلاف حصل بالقضاء فيقدر
القيمة يوم القضاء الكل في المحيط للامام السرخسي وتفصيله مذكور فيه ايضا
وقال في البزازية وان رجعا قبل القضاء بالشهادة لا يلزم الضمان وانما يضمن الراجع
اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء
بالشهادة قبض المدعي المال اولا واعلم ان تضمين الشاهد لا ينحصر في رجوعه
لما في فروق الكرابيسي شهد شاهدان على رجل ان فلانا اقرضه الف درهم وقضى
القاضي بها ثم اقام المقضي عليه بينة على الدفع قبل القضاء يأمر القاضي برد الالف
اليه ولا يضمن الشهود ولو شهد وا ان له عليه الف درهم وقضى القاضي بذلك
واخذ الالف ثم اقام المقضي عليه البينة على البراءة قبل القضاء يضمن الشهود
ووجه الفرق ان في الوجه الاول لم يظهر كذبهم لجواز انه اقرضه ثم اداه وفي
الوجه الثاني ظهر كذبهم لانهم شهدوا عليه بالالف في الحال وقد تبين كذبهم
فضاروا عليه الا ترى انه لو قال لامرأته ان كان لفلان عليه شيء فانت
طالق فشهد الشهود انه اقرضه الفا يحكم بالمال ولا يحكم بالوقوع ولو شهدا ان عليه
الفا حكم بالمال والوقوع جميعا تبين بهذا ان الشهادة بالدين مطلقا شهادة على
الحق في الحال كذا في البحر نقلا عن الكرابيسي اذا عرفت هذا فالمص رحمه الله اشار
اولا الى بيان شرط الرجوع فقال لا يصح الرجوع عنها الا عند قاض سواء كان
القاضي الاول اولا على ما في العناية معللا بان الرجوع فسخ للشهادة وفسخ الشهادة
مختص بمجلس الحكم فكذا الرجوع مختص به ايضا واعترض عليه بان هذا الدليل لا يتم
الا اذا ثبت ان فسخ الشهادة مختص بما يختص به الشهادة وهو ممنوع فان الرجوع اقرار
بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار
بذلك لا يختص بمجلس الحكم واجيب بان الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية
فلا بد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع لها لان الشهادة في غير مجلس
الحكم ليست بحجة حتى يكون الرجوع رفعا لها فيرتفع الاستحقاق بارتفاعها والاقرار
بالضمان مرتب على ارتفاعها او ثبت في ضمنه فكان من توابعه فاذا لم يوجد الارتفاع

لم يوجد الاقرار ايضا فان قيل البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء ويجوز ان لا يكون
البقاء مشروطا بشرط الابتداء لكونه اسهل منه اجيب عنه بان مجلس الحكم
محلها في الابتداء وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في
النكاح ووجود البيع ووجود المبيع في البيع فانه شرط لصحته وصحة الفسخ واذا
لم يصح الرجوع عنها في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما عند غيره
اي غير القاضي وانكر الرجوع واراد المشهود عليه اثباته بالبينة او تحليفهما على
انكارهما عند عدم البينة لا يحلفان على الانكار ولا يقبل برهانه عليه اي على
الرجوع لان كلا من الحلف والبينة يترتبان على دعوى صحيحة ودعوى الرجوع في
غير مجلس الحكم لا تصح بخلاف ما لو اقرا عند القاضي انهما رجعا عند غير القاضي فانه
يصح اقرارهما برجوعهما وان كان اقرارا برجوع باطل لان اقرارهما هذا رجوع مبتدأ
فيطل بحق الانشاء منها عند القاضي كذا في المحيط السرخسي ثم ذكر فيه ايضا انه اذا
ادعى المشهود عليه الرجوع على الشاهد واراد استحلافه او اثباته بالبينة فهذا
على وجهين الاول ان يدعي الرجوع عند غير القاضي وفي هذا الوجه وهو مسئلة
الكتاب لا يستحلف الشاهد ولا يسمع بينة المشهود عليه على ذلك لما ذكرناه
انفا بعينه الوجه الثاني ان يدعي رجوعا في مجلس قاض اخر وهذا على وجهين
ايضا الاول ان يدعي رجوعهما عند قاض ولا يدعي قضاء القاضي عليه بالرجوع
وفي هذا الوجه لا يستحلف ايضا ولا يسمع بينة المشهود عليه لان دعواه
لم تصح لانه ادعى رجوعا غير موجب للضمان لان الرجوع عن الشهادة لا يصير
موجبا للضمان قبل قضاء القاضي به لان الرجوع فسخ الشهادة فيعتبر بالشهادة
والشهادة لا يوجب الحكم قبل القضاء بها فكذا الرجوع لا يصير موجبا للضمان قبل
القضاء به ويمكن حمل كلام المص على هذا الوجه ايضا تامل الوجه الثاني ان
يدعي رجوعا وقضاء القاضي عليه بالرجوع وفي هذا الوجه يستحلف الشاهد
وتسمع بينة المشهود عليه على ذلك لان الدعوى قد صح لانه يدعي رجوعا موجبا
للضمان فيترتب عليه التحليف وسماع البينة وهذا الوجه سياتي ذكره في الكتاب
ايضا واذا رجع الشاهد عند غير القاضي الذي شهد عنده بالمال وقضى عليه

بالضمان لرجوعه فلم يؤد ذلك المال حتى تخاصما الى القاضي الذي شهد عنده اول مرة
فقامت عليه البينة بالرجوع وبقضاء القاضي عليه بالضمان فهذا القاضي يقضي
عليه ذلك فيامره باداء الضمان وكذا لو شهد عليه شاهدان عند القاضي انه اقر انه
رجع عند قاض من القضاة وقضى عليه بالضمان فهذا القاضي يقضي بهذه الشهادة
ويلزمه الضمان وجعل في البزازية دعوى الرجوع المطلق مثل دعوى الرجوع عند
غير القاضي في عدم التحليف وعدم قبول البينة بخلاف ما لو ادعى وقوعه اي
الرجوع عند قاض اخر قوله عند ظرف لقوله ادعى لا للوقوع وتضمينه عطف على
قوله وقوعه معناه حكم القاضي عليه بالضمان اي لو ادعى المشهود عليه عند
قاض اخر وقوع الرجوع من الشاهد وحكم القاضي الاول عليه بالضمان اياهما
اي الشاهدين فهذا الدعوى صحيح لصحة سبب القبول وهو دعوى الرجوع في مجلس
الحكم والحكم بالضمان عليه فتقبل البرهان عليه ويستحلف ايضا ولما ذكر شرط
صحة الرجوع وما يترتب على وجود ذلك وانتفائه شرع في بيان حكم الرجوع
فقال متفرعا على ذلك الشرط ايضا فان رجعا اي الشاهدان قبل الحكم بها اي بالشهادة
لا يحكم لسقوط الشهادة بالرجوع عنها وقد ذكرنا من قبل ان الرجوع قبل القضاء
يصح في حق نفسه حتى يجب عليه التعزير وفي حق غيره ايضا حتى لا يقضي بشهادته
على المشهود عليه والمص ذكر الثاني دون الاول وان رجع بعده لا ينقض الحكم
لان الاخر كلامهم مثل الاول في الدلالة على الصدق وقد ترجح الاول بالقضاء والشيء
لا ينقض بما دونه وقد تقدم منا ايضا ان الرجوع ان كان بعد القضاء ففيه عن اح
قولان الاول ان ينظر الى حال الراجع الثاني وهو قول الامامين انه يصح في حق
نفسه ولا يصح في حق غيره على كل حال حتى لا ينقض القضاء ولا يرد المشهود به
على المشهود عليه وهذا القول الثاني هو الذي ذكره المص واذا صح في حق نفسه
يلزم الضمان عليه واليه اشار بقوله وضمنا اي الشاهدان الراجعان ما اتلفاه
من المال المشهود به بها اي بالشهادة واذا قبض المدعي ما ادعاه حتى لو لم يقبضه
لا يجب الضمان بل يتوقف على القبض فلما قبض يضمن الشهود وقال الشافعي لا ضمان
على الشهود لانهما سببا الاتلاف ولا معتبر بالسبب عند وجود المباشر وهو القاضي

قلنا لما تعذر اضافة الحكم الى المباشر لافضائه الى تعطيل امور المسلمين وكذا تعذر
استيفاؤه من المدعي لتاكده بالقضاء اعتبرنا السبب واضفنا اليه لان التسبب
على وجه التعدي يوجب الضمان كحفر البئر ووضع الحجر على الطريق والسعي الى الظالم
وقد وجد ذلك من الشاهدين بخلاف شهود القصاص حيث لا يجب القصاص
على الشهود برجوعهم بعد القصاص لان القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا
بنهاية الجناية والسبب فيه قصور حتى لا يعتبر وجوده مع المباشر الا اذا تعذر
اعتبار المباشر فكان فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة دون ضمان المال
فيضمن الدية لانها مال دينا كان المقبوض او عينا على ما اختاره شمس الائمة السرخسي
لان الضمان بالاتلاف وهو يتحقق بالقبض ولا فرق في ذلك بين العين والدين
وقال شيخ الاسلام في شرحه ان كان المشهود به عينا يضمن الشاهد بعد
الرجوع قبضها المدعي او لم يقبضها وان كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه لانه
ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف مقيد بالمثل واذا كان المشهود به عينا
فالشاهدان بشهادتهما ازالاه عن ملكه اذا اتصل القضاء بها فبازالة العين
عن ملكها باخذ الضمان يحصل المماثلة واذا كان دينا فبازالة العين عن ملكها باتخاذ
قبل قبض المدعي الدين ينتفي المماثلة اذ لا مماثلة بين العين المزال وبين الدين الملزم
في ذمة المشهود عليه والمختار عند اكثر المشايخ هو الاول وفي البزازية
وانما يضمن الراجع اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا والذي عليه الفتوى
الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعي المال او لم يقبض انتهى وهكذا في
الخلاصة وقيل ان هذا خلاف الرواية فاما كان المشهود به دينا اذ لا بد فيه من
القبض في تضمين الشاهد ولما ذكر حكم رجوع الشاهدين معا شرع في بيان
حكم رجوع البعض فقال فان رجع احدهما ضمن اي الراجع نصفا ثم اراد ان يبين
الاصل فيه فقال والعبرة اي في باب الرجوع عن الشهادة لمن بقي بعد الرجوع
لا لمن رجع فاذا شهد اثنان فرجع احدهما ضمن النصف لانه قد بقي بشهادته من بقي
نصف الحق فيضمن الراجع النصف الاخر فان قيل لا نم ذلك فان الباقي فرد لا يصلح
لاثبات شيء ابتداء فكذا بقاء والجيب بان البقاء اسهل من الابتداء فيجوز ان يصلح

في البقاء للاثبات ما لا يصلح في الابتداء لذلك كما في النصاب فان بعضه لا يصلح في
الابتداء لاثبات الوجوب ويصلح في البقاء بقدره فان شهد ثلثة ورجع واحد
لا يضمن الراجع شيئا لانه بقي بشهادة من بقي كل الحق لان وجوب الحق في الحقيقة للمدعي
بشهادة الشاهدين لان ما زاد على الشاهدين فضل في حق القضاء لوجود
نصاب الشهادة الا ان الشهود اذا كانوا اكثر من الاثنين في هذه الحقوق
يضاف القضاء ووجوب الحق الى الكل لضرورة المزاحمة لاستواء حالهم فاذا رجع
واحد منهم زالت المزاحمة لزوال الاستواء فظهر ان القضاء كان مضافا الى شهادة
المثنى وهي حجة كاملة وقد ثبت ان استحقاق المتلف يسقط الضمان فيما اذا اتلف
انسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عمرو واخذ
الضمان من المتلف يسقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف فلا يمنع
استحقاق المدعي بالحجة الكاملة الضمان عن ذلك الراجع بطريق الاولى لان
الدفع اسهل من الرفع فان رجع اخر من الباقية الثلاثة ضمنا اي الراجعان نصفا
وقيل لا يجب الضمان على الراجع الاول اصلا لان المعتبر بقاء من بقي وبعد رجوع
الاول كان نصاب الشهادة باقيا فاذا رجع الثاني فهو الذي اتلف نصف الحق
فيقتصر الضمان عليه واجيب عنه بان الضمان على الاول ثابت بطريق البيان
او الانقلاب وذلك لان الاستحقاق كان بشهادتهم جميعا على ما ذكرناه انفا ثم
اذا رجع الاول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره فاذا رجع الثاني تبين ان الاتلاف
من الابتداء كان بشهادتهما او لان القضاء كان بالشهادة وهي موجودة منهما
في حالة واحدة فعند رجوع الاول وجد الاتلاف ولكن المانع وهو بقاء
النصاب من الشهادة منع عن ايجاب الضمان عليه فاذا رجع الثاني ارتفع المانع
فظهر المقتضي ووجب الضمان بالمقتضي وان شهد رجل وامرأتان فرجعت واحدة
ضمنت ربعا لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا اي الامرأتان ضمنتا
نصفا لان النصف باق ببقاء شهادة الرجل وان شهد رجل وعشرة نسوة
فرجع ثمان لا يضمن شيئا لما ذكرناه من انه بقي بشهادة من بقي كل الحق فان رجعت
اخرى ضمن التسع الرواجع ربعا لما ذكرناه من ان ثلاثة ارباع الحق باق ببقاء من بقي

وان

وان رجع العشر ضمن نصفا لما ذكرناه وان رجع الكل فعلى الرجل سدس وعليهن خمسة
اسداس وعندهما عليه نصف وعليهن نصف لان كل امرأتين قامتا مقام رجل
واحد بالنص فصار كانه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فضمن كل سدسا
ولهما ان النساء وان كثرن يقمن مقام رجل واحد فصار كانه شهد بذلك رجلان
وان شهد رجلان وامرأة ورجعوا فالغرم اي الضمان على الرجلين خاصة لان المرأة
الواحدة شطر العلة ولا يثبت به شيء من الحكم فكان القضاء مضافا الى شهادة رجلين
خاصة ولما ذكر حكم الرجوع عن الشهادة في العين والدين اراد ان يذكر حكم الرجوع
عنها في النكاح فقال ولا يضمن راجع شهد بنكاح بمهر مسمى عليها او عليه الا ما زاد
على مهر المثل بيانه على ما في المحيط السرخسي انه اذا ادعى رجل على امرأة النكاح
والمرأة جاحدة واقام الرجل على ذلك بينة فقضى القاضي عليها بالنكاح بالبينة
ثم رجعا عن شهادتهما فانهما لا يضمنان للمرأة شيئا في القياس سواء كان
المسمى مثل مهر المثل او اكثر او اقل وكان ينبغي ان يضمنا لها ما زاد على المسمى من مهر
مثلها لانهما اتلفا الزيادة على المسمى من منافع بضعها بغير عوض من حيث الحكم
والاتلاف منافع البضع حقيقة بغير عوض يوجب الضمان كما قالوا في المجنون
اذا اكره امرأة وزنى بها فانه يجب عليه العقر فكذا الاتلاف من حيث الحكم يوجب
الضمان وجواب القياس انه لا يضمن منافع البضع في الاتلاف الحقيقي لان ما
ليس بمال لا يضمن بالمال لعدم المماثلة بينهما وانما وجب المال في مقابلة البضع
عند الدخول في العقد شرعا تعظيما لامر البضع نصا والنص الوارد في الاتلاف
الحقيقي على خلاف القياس لا يكون واردا في الاتلاف الحكمي كما فيما نحن فيه لانه
دون الاتلاف الحقيقي واذا ادعت امرأة على رجل نكاحها وانكره الرجل واقامت
المرأة على ذلك بينة وقضى القاضي بالنكاح بينهما بالبينة ثم رجعا عن شهادتهما
فانه ينظر الى مهر مثلها والى المسمى فان كان مثل المسمى الذي شهد به الشهود او اكثر
منه فلا يضمنان للزوج شيئا لانهما اوجبا المهر بعوض يعدله والايجاب بعوض
يعدله لا يوجب على الشاهد شيئا لان الاتلاف كلا اتلاف اما اذا كان مهر مثلها
اقل من المسمى مثلا مهر مثلها الف والمسمى الفان فانهما يضمنان الفا للزوج لانهما اتلفا

على الزوج قدر الف درهم من غير عوض فعلى هذا قوله الا ما زاد على مهر المثل لا يستقيم الا في
صورة كون المدعي للنكاح امراة لا في صورة كون المدعي لذلك رجلا بل الاستثنا
على هذه الصورة عكس هذا بان يقول الا ما زاد على المسمى قيل كيف يصلح منافع البضع
عوضا عن المهر والمهر مال ومنافع البضع ليس بمال اجيب بان منافع البضع حالة الدخول
في الملك اعطي لها حكم المال شرعا نصا الا ترى ان الشرع جوز للاب ان يزوج ابنه
الصغير امراة بمهر مثلها من مال الصغير والوالد لا يملك ازالة ملك الصغير الا
بعوض يعدله ولهذا انه لو خالع ابنته الصغيرة بمالها لم يجز وان كان المسمى مهر
مثلها فلما جوز الشرع للاب النكاح لابنه الصغير دون الخلع لابنته الصغيرة
ظهر ان منافع البضع اعتبرت مالا عند الدخول في الملك هذا في الشهادة على النكاح
بالمهر المسمى واما اذا ادعى رجل على امراة انه تزوجها بمائة درهم وقالت المراة لا
بل تزوجتني بالف درهم ومهر مثلها الف فشهد شاهدان انه تزوجها على مائة
فقضى القاضي بها ثم رجعا عن شهادتهما فهذا على وجهين اما ان رجعا قبل الطلاق
بها او بعد الطلاق فان رجعا قبل الطلاق حال قيام النكاح فهما يضمنان للمراة
تسع مائة في قول ابي ح ومحمد ولا يضمنان في قول ابي يوسف وان رجعا بعد
الطلاق فهذا على وجهين ايضا اما ان رجعا قبل الدخول بها او بعد الدخول بها فان كان
بعد الدخول بها فالجواب فيه كالجواب في الرجوع حال قيام النكاح وان كان
قبل الدخول بها فانهما لا يضمنان للمراة شيئا عندهم جميعا لان الواجب لها
بالنكاح متى ورد النكاح قبل الدخول بها في مثل هذه الصورة المتعة لان التسمية
لم يثبت لاختلافهما فيجب تحكيم المتعة عندهما والغالب ان متعتها لا تزيد على خمسين
درهما وقد قضينا لها بخمسين حتى لو زاد يضمنان لها الزيادة على خمسين عندهما
وعند ابي يوسف القول قول الزوج في الاحوال كلها فيكون لها خمسون درهما متى
طلقها قبل الدخول بها لا غير ولو شهدا على امراة ان فلانا تزوجها على الف
درهم وقبضت ذلك وهي تنكر ومهر مثلها خمسمائة فقضى القاضي بذلك بالبينة
ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا مهر المثل دون المسمى ولو وقعت الشهادة بالعقد
بالالف اولا فقضى القاضي به ثم شهدا بقبض الالف وقضى القاضي به ثم رجعا عن الشهادتين

ضمنا

ضمنا للمراة المسمى لان منافع البضع حال دخولها في الملك اعتبرت مالا متقومة
فيضمنان قيمة البضع في احد الفصلين والمسمى في الاخر والفرق بين الفصلين
ان الضمان انما يجب على الشهود بسبب الاتلاف والشاهد انما يصير متلفا ما دخل
تحت قضاء القاضي والداخل تحت القضاء في الفصل الاول النكاح لا المهر لان
الشهود انما يشهدوا بالنكاح بمهر مقبوض وفي مثله القاضي لا يقضي بالمهر لانه
يقترن بالمهر ما يمنع القضاء به وهو القبض فصار الشاهد بشهادته متلفا على
المراة منافع بضعها لا المهر فيضمنان قيمة منافع بضعها وهي مهر المثل واما في
الفصل الثاني فالقاضي قضى بالمهر فاذا رجعا عن شهادتهما صارا متلفين للمهر
فيضمنان به كذا في المحيط ولما ذكر حكم الرجوع عن الشهادة في النكاح شرع في
ذكر الرجوع عنها في الطلاق فقال ولا من شهد بطلاق بعد الدخول بها ويضمن في
الطلاق قبل الدخول نصف المهر يعني لو شهدا على رجل انه طلق امراته ثلثا بعد الدخول
بها وفرق القاضي بينهما بشهادتهما وحكم على الزوج بالمهر المسمى ثم رجعا عن شهادتهما
فلا ضمان عليهما لان المهر انما تاكد بدخوله بها لا بشهادتهما فلم يوجبا بشهادتهما على
الزوج شيئا حتى يضمنان به بالرجوع عنها بخلاف ما لو شهدا على رجل بالطلاق
قبل الدخول لانهما بشهادتهما اكدا وبقيا على الزوج ما كان على شرف السقوط بارتداد
المراة او بمطاوعتها ابن الزوج قبل الدخول بها وعلى المؤكد ما على الموجب لشبهه
به كما ان المحرم اذا اخذ صيدا فذبحه شخص في يده فانه يجب الجزاء على المحرم ويرجع
على الذابح لانه اكد ما على شرف السقوط بالتخلية واعلم ان ما ذكره المص من ضمان
نصف المهر فيما كان في النكاح تسمية واما اذا لم يكن فيه تسمية فشهد شاهدان
بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا فانهما يضمنان المتعة للزوج فان القاضي ما الزم
على الزوج في هذه الصورة بشهادتهما الا المتعة فيضمنان لها برجوعهما ولو شهدا
على امراة لم يدخل بها زوجها انها اختلعت عن زوجها على ابرائه عن المهر والمراة
تجحد والزوج يدعي وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا عن شهادتهما فانهما يضمنان
للمراة نصف المهر لانه لولا شهادتهما لكان يقضى لها بنصف المهر لوقوع الفرقة قبل
الدخول باقرار الزوج فهما بشهادتهما اتلفا ذلك النصف عليها وقد اتلفاه بغير عوض

لان ما ادخلا في ملكها من منافع البضع لا يصلح عوضا عما اتلفاه عليها من المال ولو كان
الزوج قد دخل بها وباقي المسئلة بحالها ضمنا للمراة جميع المهر لانه لولا شهادتهما
لكان يقضي لها بجميع المهر لوقوع الفرقة باقرار الزوج بعد الدخول بها فهما بشهادتهما
ابطلا على المراة ذلك وقد ابطلاه بغير عوض فيضمنان كذا في المحيط ثم ذكر فيه ايضا
وقال اذا شهد شاهدان على طلاق امراة وشهد آخران على دخوله بها وقضى القاضي
بالطلاق والمهر ثم رجعوا جميعا عن شهادتهم فان على شاهدي الدخول ثلاثة ارباع
المهر وعلى شاهدي الطلاق ربع المهر لان شاهدي الطلاق شهدا بنصف المهر وقد
شهد بهذا النصف شاهدي الدخول ايضا لانهما شهدا بجميع المهر فكانا شاهدين بهذا
النصف فعند الرجوع ضمان هذا النصف عليهما على كل فريق نصفه وهو ربع الكل
لان نصف النصف ربع وقد تفرد شاهدا الدخول بالشهادة بنصف المهر فكان
ضمان ذلك النصف عليهما خاصة فكان على شاهدي الدخول ثلاثة ارباع المهر ولو
رجع احد شاهدي الدخول وحده فعليه ضمان ربع المهر ولو رجع شهود الدخول
كلهم فعليهم ضمان النصف الذي تفردوا بالشهادة ولو لم يرجع شهود الدخول بل رجع
شهود الطلاق فلا شيء عليهم لانه بقي على الشهادة من يقوم بشهادته جميع ما شهد به
شهود الطلاق ولو شهد على الطلاق رجل وامراتان وعلى الدخول رجل وامراتان
ايضا ثم رجع من شهود الطلاق امراة ومن شهود الدخول امراة ايضا فلا ضمان
على الراجعة من شهود الطلاق ويكون على الراجعة من شهود الدخول ثمن المهر وهو
ربع النصف الذي تفرد به شهود الدخول واذا اتفق الزوجان في اصل النكاح
واختلفا في التسمية فقال الزوج تزوجتها بغير شيء وقالت المراة تزوجتني بالف
درهم وجاءت المراة بشاهدين شهدا انه تزوجها بالف درهم وقضى القاضي
بشهادتهما ثم طلقها الزوج عند القاضي ثم رجعا عن شهادتهما يضمنان للزوج فضل
ما بين المتعة الى تمام الخمسمائة التي غرمها الزوج لانه لولا شهادتهما بالتسمية لكان
يتخلص الزوج بالمتعة وهذه زيادة حصلت بغير عوض لان ثبوت النكاح غير
مضاف الى شهادتهما ليجعل ما حصل للزوج من ملك منافع البضع عوضا عما اوجبا
عليه لان النكاح كان ثابتا قبل شهادتهما بتصادق الزوجين بخلاف ما اذا كان

الزوج

الزوج جاحدا لان هناك ثبوت منافع بضعها للزوج حصل مضافا الى شهادتهما لان
ملك النكاح لم يكن ثابتا قبل شهادتهما فكان ذلك ايجابا بعوض ولو شهد آخران على
الدخول قبل الطلاق ثم طلقها الزوج عند القاضي والزم القاضي الزوج الف درهم
ثم رجعوا فعلى شاهدي الدخول خمسمائة خاصة لا يشاركهما فيها شاهدي التسمية
لانه لولا شهادتهما لكان يبرأ الزوج عن خمسمائة مما اوجبا عليه شاهدي التسمية
بالطلاق قبل الدخول فلما بقي تلك الخمسمائة بشهادة شاهدي الدخول كان ضمان
ذلك عليهما خاصة وعلى شاهدي الدخول وشاهدي التسمية فضل ما بين المتعة
الى تمام الخمسمائة الاخرى نصفان لان لزوم ذلك القدر للزوج بشهادة الفريقين
لولا شهادتهم لتخلص الزوج بالمتعة هذا الذي ذكرناه فيما اذا طلق الزوج عند
القاضي فان لم يطلقها بين يدي القاضي فشهد شاهدان آخران على الطلاق قبل
الدخول والزوج جاحد الطلاق ثم رجعوا عن شهادتهم فعلى شاهدي الدخول
وشاهدي التسمية فضل ما بين المتعة الى تمام الخمسمائة نصفان لما تقدم وقدر
المتعة على شاهدي التسمية وعلى شاهدي الدخول وعلى شاهدي الطلاق
قبل الدخول لان ذلك القدر تلف بشهادتهم جملة ثم شرع في بيان حكم الرجوع
من الشهادة في البيع فقال وفي البيع ما نقص عن قيمة المبيع يعني ادعى المشتري
ان البايع باع عبده منه بالف وانكر البايع فشهدا على البيع بالف ثم رجعا
فان كان الالف قيمته او اكثر لم يضمنا شيئا لان الاتلاف بعوض كلا اتلاف وان
كان قيمته الفين ضمنا للبايع الفا لانهما اتلفا هذا الجزء الذي هو في مقابلة
الالف من قيمته بلا عوض وفي المحيط هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد
الثمن واما اذا شهدا بالبيع وبنقد الثمن ثم رجعا عن شهادتهما فهذا على وجهين
الاول ان يشهدا على البيع وايفاء الثمن شهادة واحدة بان شهدا انه باع هذه الدار
منه بالف درهم واوفاه الثمن وفي هذا الوجه القاضي يقضي عليهما بقيمة المبيع
للبايع ولا يقضي بالثمن الثاني ان يشهدا على البيع وايفاء الثمن بشهادتين مختلفتين
بان شهدا على البيع اولا ثم شهدا ان المشتري اوفاه الثمن وفي هذا الوجه
القاضي يقضي عليهما بالثمن للبايع والفرق بينهما انهما اذا شهدا بالبيع وايفاء الثمن

بشهادة واحدة فالمقضي به المبيع دون الثمن لانه لا يمكن للقاضي القضاء بايجاب
الثمن لانه يقارن القضاء بالثمن ما يوجب سقوطه وهو القضاء بالايفاء
فاذا كان المقضي به في هذه الصورة المبيع دون الثمن والشاهد عند الرجوع يضمن
المقضي به فيضمن قيمة المبيع لان ازالة المبيع عن ملك البايع حصلت بغير عوض
لرجوعهما عن شهادتهما واما اذا شهدا بالبيع وايفاء الثمن بشهادتين مختلفتين
فالثمن مقضي به لان القضاء بالثمن ممكن لانه لم يقارن القضاء بالثمن ما يوجب
سقوطه لان حال ما شهدا بالبيع لم يشهدا بالايفاء وانما شهدا بالايفاء بعد
ذلك واذا صار الثمن مقضيا به فاذا رجعا عن شهادتهما ضمنا الثمن دون
قيمة المبيع وان صار المبيع مقضيا به في هذه الحالة مع الثمن لان ازالة المبيع
حصلت بعوض فلا يضمنان قيمته هذا ثم لا فرق بين ان يكون البيع باتا او
فيه خيار البايع وذلك بان شهدا باقل من القيمة فقضى القاضي بذلك ومضت
المدة وتقرر البيع ثم رجعا يضمنان ما نقص من القيمة لاتلافهما بذلك
الناقص بغير عوض لان البيع بالخيار وان كان غير مزيل للملك والبايع كان
متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فحيث لم يفعل كان راضيا
به والرضاء ليسقط الضمان لكن الحكم يضاف الى السبب السابق وهو البيع
المشهود به ولهذا استحق المشتري بزوائده فاذا كان الحكم مضافا الى السبب
السابق يضمنان فضل ما بين الثمن والقيمة فيما اذا كان الثمن ناقصا عن القيمة
ان كان لم يرد البيع بحكم الخيار ولم يجزه في المدة اختيارا بفعل او قول والا فلا ضمان
عليهما بالرجوع اما في الرد فلعدم الاتلاف بشيء منها واما في الاجازة فلرضاء
البايع بالبيع بذلك الثمن كذا في العناية والبحر ويضمن الراجع في العتق القيمة
قال محمد شهود العتق يضمنون عند الرجوع قيمة العبد المشهود به موسرين كانا او معسرين
لان هذا ضمان اتلاف الملك فلا يختلف باليسار والاعسار والولاء للمعتق لان
العتق لا يتحول اليهما بالضمان فكذا الولاء لا يتحول اليهما بل يكون للمولى لانه تابع
للعتق فان قيل ينبغي ان لا يكون الولاء للمولى لانه منكر للعتق اجيب بانه مكذب
في انكاره شرعا بقضاء القاضي بالحجة فان قيل فلما ثبت الولاء ثبت العوض

للمولى

للمولى فانتفى الضمان عن الشهود لحصول الاتلاف بالعوض اجيب بان الولاء لا يصلح عوضا
لكونه ليس بمال متقوم فلا يماثل ما اتلفاه من ملك الرقبة على المولى كذا في المحيط
ويضمن الراجع في القصاص الدية فقط اي لا القصاص يعني لا يقتصان بالرجوع
عن الشهادة وقال الشافعي انهما يقتصان لوجود القتل منهما تسبيبا فاشبه المكره
بل اولى منه لان المكره يمنع عن القتل ولا يعان عليه وولي القصاص يعان على
استيفائه فكان هذا اكثر افضاء ومع هذا اقتص من المكره للتسبيب فمن الشاهد
اولى ولنا ان القتل لم يوجد منهما لا مباشرة ولا تسبيبا لان السبب ما يفضي
الى المسبب غالبا ولا افضاء ههنا لان العفو مندوب بخلاف المكره لان
الاكراه يفضي الى القتل غالبا لان المكره يختار حيوة نفسه ظاهرا ولان
الحدود مما يندرئ بالشبهات فلا يستوفي لشبهة التسبيب مع صدوره
من الولي اختيارا فان قيل لو كان هذا شبهة يسقط بها الحدود لاندفع الدية
ايضا اجيب بان الدية مال فلا يسقط بالشبهة بل يثبت بها ثم ان رجع احدهما
يضمن نصف الدية وان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله حيا فلولي
المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وبين تضمين القاتل فان ضمن الولي لم يرجع
على الشاهدين بشيء لانه ضمن بما فعله بمباشرته وان ضمن الشاهد لم يرجعا على
الولي في قول ابي حنيفة خلافا لهما قالا ان الشاهدين كانا عاملين للولي فيرجعان
عليه كذا في العناية ويضمن الفرع ان رجع لا الاصل وهذا بالاجماع ان قال
الاصل ما اشهدته على شهادتي لان الاصل انكر سبب الاتلاف وهو الاشهاد على
شهادتهما ولو قال الاصل اشهدته وغلطت او قال رجعت عن ذلك ضمن الاصل
عند محمد لا عندهما لان القضاء وقع بشهادة الفروع لا بشهادة الاصول
ولمحمد ان الفرع قاما مقام الاصلين في نقل شهادتهما الى مجلس القضاء
فحصل القضاء بشهادتهما فصار كانهما حضرا بانفسهما وشهدا ثم رجعا وان
رجع الاصل والفرع جميعا ضمن الفرع فقط عندهما لان القضاء وقع بشهادتهما
لا بشهادة الاصول وعند محمد يضمن المشهود عليه اي الفريقين شاء من الاصول
والفروع عملا بالدليلين من شهادة الاصول على الوجه الذي ذكره محمد ومن شهادة

الفروع على الوجه الذي ذكرناه وان رجع الفرع فقط ضمنوا بالاتفاق كذا في المحيط
وفيه ايضا لو شهد شاهدان على شهادة اربعة وشهد اخران على شهادة شاهدين
بحق على رجل وقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا فعلى قول ابي ح ومحمد الضمان على
الفريقين اثلاثا ثلثاه على الذين شهدوا على شهادة الاربعة وثلثه على الذين
شهدوا على شهادة الاثنين وقال ابو يوسف الضمان على الفريقين نصفان
واجمعوا على انه اذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين وشهد اربعة على شهادة
شاهدين وباقي المسئلة بحالها ان الضمان على الفريقين نصفان واذا شهد
شاهدان على شهادة شاهدين على رجل بالف درهم وشهد اخران على شهادة
شاهد واحد بتلك الالف بعينها وقضى القاضي بالالف بالشهادتين جميعا ثم رجع
واحد من الفريق الاول وواحد من الفريق الثاني كان عليهما ثلاثة اثمان المال
الثمنان على احد الاولين والثمن على احد الاخرين ولو لم يرجع الا احد الاولين
كان عليه ربع الحق ولو رجع الاخران مع احد الاولين ضمنوا نصف المال لانه
بقي من يقوم بشهادته نصف الحق فيكون المتلف نصف الحق ثم ضمان هذا النصف
يكون نصفه على الراجع من الاولين ونصفه على الاخرين ولو شهد شاهدان
على شهادة شاهدين على رجل بالف وشهد شاهدان اخران على شهادة شاهدين
اخرين بتلك الالف بعينها وقضى القاضي به ثم رجع واحد من هذين وواحد من
هذين فعليهما ثمنان ونصف على رواية الجامع الصغير وعلى رواية الاصل ان عليهما
نصف المال وعن ابي يوسف ان عليهما ربع المال وهو اختيار الكرخي وقال في المحيط
السرخسي وهو القياس وبيان وجوه هذه المسائل في المحيط وقول الفرع كذب
اصلي او غلط ليس بشيء اي لا يبطل به القضاء لانه خبر محتمل الصدق والكذب
والاول تاكد باتصال القضاء به ولا ضمان عليه لانه ما رجع بهذا القول
عن شهادته وان رجع المزكي عن التزكية ضمن اذا شهدوا بالزنا وزكوا فرجم ثم
ظهر ان الشهود عبيد او كفار فان ثبتوا على التزكية فلا ضمان عليهم لانهم اعتمدوا
على ما سمعوا من اسلامهم وحريتهم ولم يتبين كذبهم بما اخبروا من قول الناس
ولا على الشهود لعدم تبين كذبهم في شهادتهم والدية في بيت المال وان رجعوا

عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند ابي ح لان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل
بالشهادة الا بالتزكية فيكون بمنزلة علة العلة من حيث التاثير وعلة العلة في
اضافة الحكم اليها خلافا لهما لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف لانه الزنا
وما يتعرضوا له وانما اثنوا على الشهود خيرا ولا ضمان على المثني على الشهود كشهود
الاحصان ولا يضمن شاهد الاحصان برجوعه اذا شهدوا على الزنا وشهدوا
على احصان الزاني فرجم ثم رجع شهود الاحصان لم يضمنوا شيئا لان الاحصان
شرط محض لا يضاف الحكم اليه بخلاف التزكية علة العلة على ما تقدم ولو رجع شاهد
اليمين وشاهد الشرط ضمن شاهد اليمين شهدا على زيد انه علق عتق عبده او
طلاق امرأته بشرط كدخول الدار مثلا وشهد اخران على حصول الشرط فحكم القاضي
بالعتق والطلاق ثم رجع الكل ضمن شاهد اليمين خاصة خلافا لزفر قال الضمان
عليهم جميعا لتساويهم في الاتلاف قلنا ان شاهد اليمين صاحب العلة والاخران
صاحب الشرط والاصل في الحكم ان يضاف الى العلة ما لم يمنع منه مانع كحافر البئر
مع فان الضمان عليه دون الحافر ولو رجع شاهد الشرط وحده اختلف المشايخ
قال الامام السرخسي الى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط ونص في الزيادات
على عدم وجوب الضمان عليه وهو المختار كما في البحر واعلم ان المص ذكر من ابواب
الرجوع عن الشهادة ابواب الرجوع عنها في العين والدين والنكاح والطلاق
والبيع والعتق والقصاص والشهادة على الشهادة والتزكية والدين اليمين والشرط
وترك كثيرا كالكتابة والتدبير والولاء والنسب والولادة والحدود والجنايات
والهبة والصدقة والرهن والوديعة والبضاعة والمضاربة والاجارة
اما الكتابة والتدبير ففي المحيط السرخسي شهود التدبير يضمنون عند الرجوع ما نقصه
التدبير لانهم فوتوا بعض المنافع من حيث التجارة دون البعض فانه بقي منتفعا به من
حيث الاجارة فلم يكن الفائت جنس منفعة على الكمال فكان نقصانا فيضمنان
ذلك فان مات المولى والعبد يخرج من الثلث عتق العبد كله مجانا لان رجوع الشاهد
لا يعمل في حق العبد ويجعل في حق العبد كانه لم يرجع ولو لم يرجع حتى مات المولى
وباقي المسئلة بحالها كان الجواب كما قلنا كذا هنا وضمن الشهود للورثة قيمته مدبرا

لانها ازالة اليد عن ملك الورثة بغير عوض عند موت المولى وقد ضمنا النقصان
مرة للمولى فبعد موته يضمنان قيمته مدبرا للورثة وان لم يخرج العبد عن الثلث بل
كل المال هو العبد عتق ثلثه مجانا ويسعى في ثلثي قيمته مدبرا لانهما اتلفاه بغير
عوض ثلث قيمته عن ملك الورثة فيضمنان له ولا يرجعان بذلك على العبد وهل
يضمنان قيمة الثلثين الذين سعى العبد بها للورثة ينظر ان عجل السعاية يضمنان
وان لم يعجل لا يضمنان وشهود الكتابة عند الرجوع يضمنون قيمة العبد بخلاف
شهود اليسر فانهم يضمنون النقصان دون قيمة العبد كما عرفت والفرق ان
سبب وجوب ضمان القيمة اما ازالة اليد او ازالة ملك الرقبة ولم يوجد شيء من
ذلك في فصل التدبير انما وجد سبب ضمان نقصان دون القيمة اما في
فصل الكتابة سبب وجوب ضمان القيمة قد وجد وهو ازالة يد المولى
عنه من غير عوض يحصل له فيضمنان فاذا ضمنا قيمة العبد للمولى رجعا على
المكاتب ببدل الكتابة على نجو ولا يعتق المكاتب ما لم يؤد بدل الكتابة الى الشاهدين
والولاء يكون للمولى لا للشاهدين وان عجز المكاتب ورد في الرق كان لمولاه
لان الرقبة كانت على ملك المولى فاذا انفسخت الكتابة بالعجز بقي على ملك المولى
كما كان ويرد المولى على الشاهدين ما اخذ منهما لان الموجب للضمان وهو ازالة
يد المولى قد انعدم فيزول الضمان الكل في المحيط السرخسي وقال في الزيلعي
في مسئلة التدبير ان العبد المدبر اذا كان معسرا فالشاهدان يضمنان للورثة
جميع قيمته مدبرا ويرجعان به على العبد اذا ايسر وقال في البحر هذا سهو لانهما
انما يرجعان عليه بثلثي قيمته مدبرا لا بجميع قيمته قال وهو مصرح في المبسوط
وقال في فتح القدير في مسئلة الكتابة ان الولاء للشاهد لا للمولى وهذا
سهو منه لما ذكرناه من المحيط ان الولاء للمولى لا للشاهد وقال في المحيط ايضا
اذا شهد شاهدان على رجل انه كاتب عبده على الف الى سنة وقيمة العبد خمسمائة
وقضى القاضي بالكتابة ثم رجعوا عن شهادتهم فان القاضي يخير المولى بين تضمين
الشاهدين وبين اتباع العبد بالكتابة الى اجله فان اختار المولى تضمين الشاهدين
لا يكون له اتباع المكاتب ببدل الكتابة ابدا وان اختار اتباع المكاتب لا يكون له تضمين

الشاهدين ابدا الا ان يكون بدل الكتابة اقل من القيمة فح له ان ياخذ البدل من العبد
ويرجع على الشاهدين بفضل القيمة هذا في الشهادة على المولى اما اذا شهدا على المكاتب
ثم رجعا ففي المحيط في هذه المسئلة اذا ادعى عبد ان مولاه كاتبه على الف درهم
وهي قيمته وادعى المولى انه كاتبه على الفين واقام على ذلك البينة فقضى القاضي
بالفين على المكاتب فاداها ثم رجع الشاهدان فانهما يضمنان الف درهم للمكاتب
لانهما اوجبا على المكاتب الف درهم بغير عوض حصل له فاذا رجعا ضمنا ذلك له واما
النسب والولاء ففي المحيط السرخسي اذا ادعى رجل اني ابنك والاب يجحد دعواه
فاقام الابن البينة انه ابنه وقضى القاضي بذلك واثبت نسبه ثم رجعوا فانهم
لا يضمنون شيئا للاب سواء رجعوا حال حيوة الاب او بعد وفاته لانهم ما الزموه
مالا انما الزموه النسب والنسب ليس بمال وكذلك لا يضمنون لسائر الورثة ما ورثه
الابن المشهود له لان استحقاق الميراث مضاف الى موت الاب لا الى النسب الذي
ثبت بشهادتهما وهذا لان استحقاق الميراث وان كان لا بد له من الموت والنسب
الا ان الموت اخرهما وجودا فيضاف الاستحقاق اليه وكذلك اذا ادعى رجل ولاء
رجل وقال اني اعتقتك والمعتق يجحد واقام المدعي البينة على دعواه ثم رجعوا
لا يضمنون شيئا سواء رجعوا حال حيوة المعتق او بعد وفاته وان كان لا بد من
الموت والولاء الا انه لان استحقاق الميراث مضاف الى الموت الذي هو اخرهما
وجودا لا الى الولاء الذي ثبت بشهادتهما بخلاف ما اذا شهدوا بالولاء بعد موت
المعتق ثم رجعوا عن شهادتهم فانهم يضمنون جميع ما ورثه المعتق لورثته المعروفين
لان الاستحقاق في هذه الصورة مضاف الى الولاء لا الى الموت لان الولاء ههنا
اخرهما كما لو شهد الرجل انه ابن هذا القتيل ووارثه لا وارث له غيره والقاتل يقر انه
قتله عمدا وقضى القاضي للمشهود له بالقصاص فقتله المشهود له ثم رجعوا عن
شهادتهم فانهم لا يضمنون للقصاص شيئا لان القصاص ليس بمال ولكن يضمنون
كلما ورثه هذا الابن المشهود له من القتيل لورثته المعروفين لان استحقاق الميراث
هنا مضاف الى النسب الذي ثبت بشهادتهما لا الى الموت والنسب اخرهما وقد اقروا
بالرجوع انهم اتلفوا ذلك على ورثته المعروفين فلذا ضمنوا واما الولادة ففي المحيط

نقلا عن الجامع رجل له جاريتان لكل واحدة منها ولد ولدته في ملك الرجل فشهد
شاهدان لاحد الولدين بعينه وامه ان الرجل ادعاه والرجل يجحد ذلك وشهد
شاهدان اخران للولد الاخر وامه ان الرجل ادعاه والرجل يجحد ذلك ايضا وقضى
القاضي بشهادتهم وجعل الابنين ابني الرجل والامتين امي ولده ثم رجع الشهود
جميعا عن شهادتهم فالولدان ابنان للمولى والجاريتان امي ولده فان كانت
الشهادة والرجوع عنها حال حيوة المولى فان كان الولدان كبيرين ضمن كل فريق
من الشهود قيمة الولد الذي شهد بنسبه ونقصان الاستيلاد في الامة التي
شهد لها للمولى لان في زعم كل فريق عند الرجوع انه اتلف على المولى الولد الذي
شهد بنسبه واتلف من الجارية التي شهد لها قدر ما انتقص امومية الولد
بغير حق وزعم كل انسان حجة في حقه ثم اذا المولى ذلك القدر من الشهود
واستهلكه ولا وارث له غير الابنين وكل واحد من الابنين يجحد ان يكون
صاحبه ابن المولى كان امواله ميراثا بين الابنين وعتقت الجاريتان وضمن كل
فريق من الشهود قيمة ما بقي من الجارية التي شهد والها لانهم صاروا متلفين لما بقي
عند موت المولى بالشهادة السابقة بغير حق ويكون ذلك للمولى ميراثا عنه
للابنين هذا اذا كان يجحد كل من الابنين كون صاحبه ابن المولى اما اذا كان
يصدق كل واحد منها صاحبه فالشهود لا يضمنون شيئا للابنين وان كانت
الشهادة من الفريقين والرجوع عنها بعد وفات المولى وترك الميت اخا معروفا
منه واموالا كثيرة وقد كان قضى القاضي بعتق الابنين وبعتق امتهما وقضى
بالميراث وكل واحد من الابنين يجحد صاحبه فان كل فريق من الشهود يضمن
الابن الذي لم يشهد له جميع قيمة الابن الذي شهد له وجميع قيمة امه بخلاف ما
اذا كانت الشهادة في حيوة المولى فان هنا لا يضمن كل فريق نصف قيمة الابن
المشهود له ونصف قيمة امه للابن الاخر هذا اذا كانت الشهادة من فريقين
متفرقين واما اذا كانتا من فريق واحد فان شهد شاهدان ان المولى قال في كلمة
واحدة هذان ابناي من هاتين الجاريتين والابنان كبيران يدعيان ذلك مع
الجاريتين فقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا فان كانت الشهادة والرجوع في حال

حيوة المولى ضمن الشهود للمولى قيمة الولدين ونقصان الاستيلاد فاذا اخذ المولى ذلك
واستهلكه ثم مات المولى لم يغرم الشهود شيئا من قيمة الامتين للابنين ولا يغرم
الشهود ايضا للاخ شيئا مما ورثه الابنان ان كان للميت اخ لانهم شهدوا بالنسب
حال حيوة المولى وان كانت الشهادة حال حيوة المولى والرجوع بعد وفاته لم يغرم
الشهود شيئا للابنين ولا للاخ ان كان للميت اخ وان كانت الشهادة والرجوع
بعد وفات المولى فالشهود لا يغرمون للابن شيئا ويغرمون للاخ قيمة الامتين
وقيمة الابنين وما ورثه الابنان بخلاف ما اذا كانت الشهادة من الفريقين
فان هناك لا يضمن الشهود للاخ شيئا هذا كله اذا كان الولدان كبيرين
والشهود فريق واحد اما اذا كان الولدان صغيرين وقت الشهادة والشهود
فريق واحد ينتظر بلوغهما فاذا بلغا فان صدق كل واحد منهما الشهود فيما شهدا
لصاحبه فهذا وما لو شهد لكل ابن فريق وجحد كل ابن صاحبه سواء لان
الشهادة هنا لا ينتقض وان كذب كل منها شهوده اما الان هذا تكذيب بعد
القضاء وهو لا يوجب بطلان القضاء والشهادة واما الان هذا تكذيب
فيما شهد له وتكذيب المشهود عليه لا يبطل الشهادة الكل في المحيط وتفصيله ثمه
فارجع اليه واما الحدود والجنايات ففي المحيط ايضا اذا شهد شاهدان
على رجل بسرقة الف درهم بعينها من رجل وقضى القاضي بها وقطع يد المشهود عليه
ثم رجعا عن شهادتهما فانهما يضمنان دية اليد للمشهود عليه اربعة شهدوا
بالزنا ورجم بشهادتهم ثم رجعوا فانهم يضمنون الدية ويحدون حد
القذف وفيه وفي الخانية ايضا شهد شاهدان ان المولى اعتق عبده امس
وقضى القاضي بشهادتهما واعتق العبد وشهد اخران ان العبد قتل ولي هذا
امس والمولى يعلم بذلك قضى بالدية على المولى فان رجعوا جميعا ضمن
شاهد العتق قيمة العبد ويضمن شهود الجناية عشرة الاف درهم واما الهبة
والصدقة والرهن والوديعة والبضاعة والمضاربة والاجارة ففي
المحيط عبد لرجل شهد شاهدان عليه انه وهب هذا العبد من هذا الرجل
وقبضه والموهوب له يدعي والواهب يجحد وقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعا

عن الشهادة ضمنا قيمة العبد للواهب والعبد للموهوب له هكذا ذكره وفصله ثم قال
كل جواب في الهبة فهو الجواب في الصدقة الا في الرجوع فانه لا رجوع في
الصدقة بخلاف الهبة فان فيها الرجوع ثم ذكر احكام الرجوع عن الشهادة في
الرهن والوديعة والبضاعة والاجارة فارجع اليه ومن علم انه شهد زورا باقراره
او شهد بموت زيد او بالقتل فبان حيوته شهر من التشهير ولا يعزر بالضرب لان
المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفى به وقد وقع ذلك في زمن عمر وعلي
وكان شريح يشهره فبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان لم يكن سوقيا
عند اجتماعهم فيقول انا اخذنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس واختلفوا
في قبول شهادته اذا تاب قيل تقبل وقيل لا وفي البحر قالوا ان كان فاسقا
فتاب تقبل لان الحامل له على الشهادة بالزور فسقه فاذا تاب وظهر صلاحه
تقبل لزوال الفسق وان عدلا او مستورا لا تقبل ابدا وعن ابي يوسف قبولها
وبه يفتى انتهى وعندهما نوجع ضربا ويحبس وهو قول الشافعي فان عمر ضرب شاهد
زور اربعين سوطا وسخم وجهه والجواب انه محمول على السياسة اذا راى الامام
او القاضي المصلحة فيه على ما روى عن شمس الائمة السرخسي وقال شيخ الاسلام
انه لم يرد بالتسخيم حقيقة التسويد بل انما اراد به التخجيل بالتفضيح والتشهير وفي
المحيط قال ابو يوسف ومحمد يعزر بالضرب ولا يبلغ به اربعون سوطا ثم رجع
ابو يوسف وقال يبلغ خمسة وسبعين وروى ابو يوسف ومحمد عن ابي ح انه
يضرب ثم يطاف ويشهر انتهى وهذا مخالف لما روى عن عمر من اربعين سوطا

كتاب الوكالة

وهي في اللغة تفويض الامر الى الغير قال في المصباح وكلت الامر
اليه وكلا من باب وعد ووكولا فوضته اليه وفي الاصطلاح هي اقامة الغير
مقام نفسه في التصرف اطلق التصرف وما يتصرف فيه ولم يقل في التصرف
المعلوم في امر معلوم ليشمل الوكالة الثابتة في ادنى التصرفات يظهر ذلك بالتامل
في الفروع ففي قاضيخان رجل قال لغيره انت وكيلي في قبض هذا الدين يصير وكيلا
فيه وكذا لو قال انت وصيي في حيوتي ولو قال انت وصيي لا يكون وكيلا ولو قال
انت وكيلي في كل شيء يكون وكيلا لحفظ المال لا غير هو الصحيح وكذا لو قال انت وكيلي

بكل

بكل قليل وكثير ولو قال انت وكيلي في كل شيء جائز امرك يصير وكيلا في جميع التصرفات
المالية كالبيع والشراء والصدقة واختلفوا في الاعتاق والطلاق والوقف قال بعضهم
يملك ذلك لاطلاق اللفظ وقال بعضهم لا يملك ذلك الا اذا دل دليل من سابقة
الكلام ونحوه وبه اخذ الفقيه ابو الليث وذكر الناطفي اذا قال انت وكيلي في كل شيء
جائز صنعك روى عن محمد انه وكيل في المعاوضات والاجارات والهبات والاعتاق
وعن ابي ح انه وكيل في المعاوضات لا في الهبات والاعتاق وعليه الفتوى انتهى
فظهر منه ان التصرف وما يتصرف فيه اذا كان مجهولا لا يبطل الوكالة بل يكون وكيلا
في ادنى التصرفات اعني الحفظ على الصحيح كما في قوله انت وكيلي في كل شيء قال في
البحر لو قال وكلتك في هذا كان وكيلا بحفظه لانه الادنى فيحمل عليه ولو قال
انت وكيلي في كل شيء كان تفويضا للحفظ والقياس ان لا يكون وكيلا للجهالة
ولهذا قال في الاشباه لا يصح توكيل مجهول الا لاسقاط عدم الرضاء بالتوكيل
ثم قال ومن التوكيل المجهول قول الداين لمديونه من جاءك بعلامة كذا او من اخذ
اصبعك او قال لك كذا فادفع مالي عليك اليه لم يصح لانه توكيل مجهول فلا يبرأ
بالدفع اليه كذا في القنية واعلم ان التعريف المذكور يشعر ان الوكالة تصح وتنعقد
بمجرد اقامة الموكل وليس كذلك بل لا بد من قبول الوكيل ايضا لانه ركن مثل الايجاب
قال في البدايع واما ركن التوكيل فهو الايجاب والقبول فالايجاب من الموكل
ان يقول وكلتك بكذا او افعل كذا او اذنت لك ان تفعل كذا ونحوه والقبول من
الوكيل ان يقول قبلت وما يجري مجراه فما لم يوجد لم يتم الوكالة ولهذا لو وكل
انسانا بقبض دينه فابى ان يقبض ثم ذهب فقبض لم يبرأ الغريم لانه ارتد
بالرد ثم الركن قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بشرط نحو ان قدم زيد فانت
وكيلي في بيع هذا العبد وقد لا يكون مضافا الى وقت بان يوكله في بيع هذا
العبد غدا ويصير وكيلا في الغد وما بعده لا قبله انتهى فان قيل اذا كان
الامر والاذن توكيلا فما الفرق بينه وبين الرسول اجيب عنه في البحر بان
الرسول ان يقول له ارسلتك او كن رسولا عني في كذا وفي تهذيب القلانسي
الوكيل من يباشر العقد والرسول من يبلغ المباشرة ولما ذكر تعريفه مشيرا به الى

احد ركنيه شرع في بيان شرطها وهو انواع ما يرجع الى الموكل وما يرجع الى الوكيل
وما يرجع الى الموكل به وذكر رحمه الله كلا من الانواع في الكتاب على ما نستطلع
عليه وذكر الاول بقوله وشرطها كون الموكل يملك التصرف علله في الزيلعي
بان الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ولا يتصور ان يستفيد الولاية ممن
لا ولاية له قيل هذا على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فالشرط ان
يكون حاصلا بما يملكه الوكيل واما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى
يجوز عنده توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد
وقيل المراد بكون الموكل مالكا للتصرف كونه مالكا له نظرا الى اصل التصرف وان
امتنع في بعض الاشياء بعارض النهي فعلى هذا يكون المراد بالتصرف في كلام المص
جنس التصرف لا التصرف فيما وكل به ولا يرد عليه النقض بتوكيل المسلم الذمي ببيع الخمر
والخنزير وبتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد لكنه يرد عليه ان الوكيل يملك جنس
التصرف ايضا حتى لنفسه صح فيكون تمليك الموكل لجنس التصرف تحصيلا للحاصل
وزاد في الهداية قيدا لحر في الموكل فقال ومن شرطها ان يكون الموكل ممن
يملك التصرف ويلزمه الاحكام فقيل قوله ويلزمه الاحكام احترازا عن الوكيل
فانه وان كان يملك التصرف لكنه لا يلزمه الاحكام وقال في النهاية والعناية انه
احترازا عن الصبي والمجنون فعلى الاول يكون ملك التصرف شرطا ولزوم الاحكام شرطا
اخر وعلى الثاني يكون المجموع شرطا واحدا قال في العناية والثاني اصح لان الوكيل
اذا اذن له بالتوكيل صح والاحكام لا يلزمه يعني لا يثبت له فلا يصح توكيله ولا يخفى
عليك انه لا حاجة الى هذا القيد فان الصبي والمجنون يخرج عنه بقوله يملك التصرف
فانهما لا يملكان التصرف اما المجنون فظ واما الصبي فان كان غير عاقل وهو كالمجنون
وان كان صبيا يعقل فلا يملك تصرف الطلاق والهبة والعتاق والصدقة وغيرها
من التصرفات الضارة فانه لا يملك التوكيل في هذه التصرفات فيخرج بالنسبة
الى هذه التصرفات واما التصرفات النافعة له كقبول الهبة فيصح توكيله فيه بلا اذن
وليه واما ما تردد بين ضرر ونفع كالبيع والاجارة فان كان ماذونا في التجارة
صح توكيله مطلقا والا توقف على اجازة وليه ولا يصح توكيل عبد محجور فيخرج بقوله

يملك

يملك التصرف ايضا وصح من ماذون ومكاتب والوكيل يعقل العقد شروع في بيان
شرط الوكيل يعني يشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد بان البيع سالب والشرا
جالب ويعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش ومن شرط الوكيل علمه بالوكالة
ولذا قال في الاستروشنية رجل قال لاخر ادفع الى فلان الف درهم على اني
ضامن لها والمدفوع اليه حاضر يسمع هذه المقالة فدفع فالالف قرض للدافع
على الامر والقابض وكيل بالقبض وليس للمامور ان ياخذها من القابض وللامر ان
ياخذ بعينها من القابض وانما قال والمدفوع اليه حاضر يسمع لان المدفوع اليه يصير
وكيلا من الامر بالقبض والوكالة لا تصح قبل علم الوكيل فيشترط حضرته وسماعه
فلو استهلكه القابض يضمن ولو هلك في يده يهلك امانة ويقصده بان لا يكون
هازلا هكذا فسره في العناية وعلله بقوله لانه يقوم مقام الموكل في العبارة
فلا بد وان يكون من اهل العبارة ثم قال وهذا يشير الى ان معرفة الغبن اليسير
من الفاحش ليس بشرط في صحة التوكيل لكنهم ذكروا ان ذلك شرط وهو
مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبي العاقل صحيح ومعرفة ان ما زاد عليه ده
نيم في المتاع وده يازده في الحيوان وده دوازده في العقار او يدخل تحت
تقويم المقومين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فضلا عن
الصبي العاقل فيصح تفريع على كل من شرط الموكل والوكيل اي اذا كان شرط الموكل
والوكيل ذلك يصح توكيل الحر البالغ او الماذون البالغ حرا بالغا او عبدا ماذونا
بالغا كل منهما يتعلق بكل من الحر البالغ او الماذون البالغ فيحصل اربعة صور
وبانضمام الاتي يحصل ثمان صور او صبيا عاقلا للعقد او عبدا محجورين الاعن
يعني اذا وكل الحر البالغ او العبد الماذون في التجارة صبيا عاقلا محجورا او عبدا
محجورا جاز ذلك لانتفاء ما يمنع ذلك اما من جانب الموكل فظ واما من جانب
الوكيل فلان الصبي العاقل من اهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه باذن وليه
والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملك في حق المولى والتوكيل
ليس تصرفا في حق المولى الا انه لا يصح التزام العهدة اما الصبي فلقصور اهليته
واما العبد فلحق سيده لكن العبد اذا عتق لزمه العهدة لزوال المانع والصبي

اذا بلغ لم يلزمه لان المانع فيه قصور اهليته حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلذا لم يلزمه بعد البلوغ ايضا بخلاف العبد فان الاهلية كاملة فيه قبل العتق وانما لم يلزمه العهدة لحق المولى فاذا زال حق المولى بعد العتق ظهر اثر الاهلية لكن هذا يشبه تخصيص العلة والمخلص معروف وانما قيد بقوله محجورين اشارة الى انهما لو كانا ماذونين فيطرد الاولى وتتعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو ان الصبي الماذون اذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا او مؤجلا واذا وكل بالشراء بثمن مؤجل لم يلزمه قياسا واستحسانا بل يكون على الامر حتى يطالبه البائع بالثمن لان ما يلزمه من العهدة ليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشترى وليس هذا كذلك وانما هذا التزام مالا في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة والصبي الماذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لان ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه والصبي الماذون من اهل ذلك والجواب في العبد الماذون ايضا على هذا التفصيل كذا في العناية ولما ذكر شرط الموكل والوكيل وما يتفرع عليها اراد ان يذكر شرط الموكل به فقال بكل ما يعقده متعلق بالتوكيل هو اي الموكل بنفسه وبايفاء كل حق وباستيفائه لانه لما جاز ان يباشره بنفسه جاز ان يقوم غيره مقامه ففهم منه انه لو قال بكل ما يباشره بنفسه لكان احصر لاستغنائه عن ذكر قوله وبايفاء كل حق وباستيفائه واعلم ان هذه الكلية ليس بمطردة ولا بمنعكسة اما الاول فبامرين احدهما ان الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه مع ان التوكيل به لا يجوز حتى لو وكل به واستقرض له الوكيل يكون للوكيل لا للموكل لان البدل في القرض لا يجب دينا في ذمة المستقرض بالعقد وانما يجب بالقبض والامر بالقبض لا يصح لانه ملك الغير بخلاف البيع فان البدل فيه يجب بالعقد فيصح الامر به وثانيهما ان الذمي اذا وكل مسلما في بيع خمره لا يجوز مع ان بيعه بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند الامام واجيب في البحر عن الاول



بمنع عدم جواز التوكيل بالاستقراض مستندا لا بمسئلة الخانية ان وكل بالاستقراض فان اضاف الوكيل الى الموكل كان للموكل والا كان للوكيل انتهى قلت هذا رواية عن ابي يوسف على ما في الزيلعي حيث قال لا يجوز التوكيل بالاستقراض وعن ابي يوسف انه يجوز واكثر المشايخ على ان التوكيل بالاستقراض لا يجوز والتوكيل بالاقراض يجوز ففي البزازية صح التوكيل بالاقراض لا بالاستقراض وعن الثاني بان توكيل الذمي مسلما ببيع خمره يجوز وانما الممتنع توكل المسلم عنه وليس الكلام فيه بل في التوكيل واجيب عن النقض على العكس بان العكس غير لازم وليس بمقصود فلا يضرنا فضله الا في حد وقود اي يصح التوكيل بايفاء كل حق واستيفائه الا بايفاء حد وقود واستيفائهما لكن الايفاء مطلق والثاني مقيد بغيبة الموكل واليه اشار بقوله مع غيبة الموكل لان الحدود والقصاص تسقط بالشبهات فلا تستوفى بما يقوم مقام الغير لما فيه من نوع شبهة العفو بخلاف ما اذا كان الموكل حاضرا لانه يجوز للوكيل ان يستوفي منه لانه لا يمكن فيه شبهة العفو وقد يحتاج الموكل الى الوكيل لقلة هدايته في الاستيفاء ولان قلته لا يحتمل ذلك وبخلاف الاستيفاء في غيبة الشهود فانه يجوز لان رجوعهم نادر فلا يتوهم كذا في الزيلعي ولهذا قال المص مع غيبة الموكل احترازا عن حضوره وعن غيبة الشهود ولم يذكر المص التوكيل باثبات الحدود والقصاص وهو جائز اكتفاء بقوله وبالخصومة في كل حق لانه شامل لكل خصومة في كل حق واثبات الحدود والقصاص من جملة ذلك لانه خصومة في حق وانما جاز التوكيل في اثبات الخصومات حتى الحدود والقصاص لان كل احد ليس يهتدي الى وجوه الخصومات والحاجة ماسة اليها فيحتاج الى توكيل الغير بالضرورة وقد صح ان عليا وكل عقيلا لكونه ذكيا حاضر الجواب وبعد ما اسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر هذا قول الامام وقال ابو يوسف لا يجوز التوكيل باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود كما لا يجوز لايفائها واستيفائها ومحمد مع الامام في رواية ومع ابي يوسف في رواية وقال في الزيلعي والاظهر انه مع الامام وفي العناية وقيل هذا الاختلاف اذا كان الموكل غائبا

واما اذا حضر فلا اختلاف في جوازه ولابي يوسف ان التوكيل انابة والانابة
فيها شبهة لا محالة فلا يثبت بها ما يندرء بالشبهات ولابي ح ان الخصومة شرط
محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة والشرط المحض
ما يجوز اثباته بالشبهات كسائر الحقوق الثابتة بالشبهات بخلاف ايفائها
واستيفائها فانها ليس بشرط محض حتى يثبت بالشبهات بل هي الى الاولياء
ولا يخفى عليك ان هذا في اثبات حد السرقة والقذف لا في حد الشرب
والزنا لان حد الزنا يشمل دعوى المال فيريد الموكل باثباته اثبات المال لا القطع
فيصح التوكيل باثباته وكذا المقذوف يريد بالتوكيل باثباته دفع العار عن نفسه
فيصح بخلاف حد الشرب والزنا اذ لا حق لاحد فيها بل هما حق الله تعالى فاذا كان
اجنبيا عنه لا يصح توكيله كذا في الزيلعي بشرط رضى الخصم سواء كان الموكل هو المدعي
او المدعى عليه للزومها اي لزوم الوكالة الجار متعلق بشرط الا ان يكون الموكل
مريضا لا يمكنه حضور مجلس الحكم او غائبا مسافة سفر او مريدا للسفر بان يكون
مشتغلا بامور السفر او كانت امرأة مخدرة غير معتادة الخروج الى مجلس الحكم
فان رضى الخصم ليس بشرط فيها هذا عند ابي ح وعندهما لا يشترط رضى الخصم مطلقا
يعني اختلفوا في اشتراط رضى الخصم في التوكيل بالخصومة قال ابو ح يشترط
سواء كان الموكل مدعيا او مدعى عليه الا في المستثنيات المذكورة وقالا
لا يشترط مطلقا وهو قول الشافعي وليس محل النزاع الجواز اذ لا خلاف في الجواز
بدون رضى الخصم بل الاختلاف في اللزوم على ما صرح به في الهداية ولهذا قال
المص شرط للزومها فعلى قول ابي ح يرتد الوكالة برد الخصم لعدم الشرط وهو
رضاه وعلى قول الامامين لا يرتد لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه لا يتوقف
على رضى الغير كما في التوكيل باستيفاء الدين ولابي ح لا نسلم انه لا يكون خالصا
له سلمناه لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره
وههنا ليس كذلك لان الناس يتفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به
فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانها يتوقف على رضى
الاخر وان كان تصرفا في خالص حقه بخلاف المستثنيات المذكورة لضرورة خالص

حقه

حقه فيها لان الجواب غير مستحق عليه فيها فلا يكون فيه اسقاط حق مستحق عليه قال
المرض المجوز للتوكيل هو المرض المانع عن الحضور مجلس القاضي مطلقا واما القادر
عليه بظهر الدابة او الحمال لكنه لو حضر لازداد مرضه فيصح التوكيل منه ايضا
وان لم يزد مرضه ففيه اختلاف قال بعضهم هو على الخلاف وقال بعضهم له ان يوكل
وهو الصحيح على ما في العناية وهو خلاف اطلاق المص وجعلوا ارادة السفر مثل
السفر في صحة التوكيل لتحقق الضرورة لكنه لا يصدق في دعواه السفر الا
بالنظر الى زيه وعدة سفره او بالسؤال عن رفقائه واختلفوا في تفسير
المخدرة ففسر المص بما ذكره وقال في البحر المخدرة هي التي لم تجر عادتها بالبروز
ومخالطة الرجال وعن الحلواني التي لم تخرج في حوائجها مبرزة وقال البزدوي
من لا يراها غير المحارم مخدرة وقال في البحر ولو اختلفا في كونها مخدرة فان كانت
من بنات الاشراف فالقول لها بكرا او ثيبا لانه الظاهر من حالها وفي الاوساط
يقبل قولها لو بكرا وفي الاسافل لا يقبل قولها في الوجوه والخروج للحاجة
لا يقدح فيه ما لم يكثر بان تخرج لغير حاجة كذا في البزازية ثم اعلم ان العقود
التي يعقدها الوكلاء على نوعين احدهما ما يتعلق حقوقه الى الوكيل والاخر
الى الموكل فاشار الى الضابطة الاول بقوله وحقوق عقد يضيفه الوكيل الى نفسه
مبتدأ خبره قوله الاتي يتعلق به يعني كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كما سيأتي
ذكره فحقوقه تتعلق بالوكيل وهذا عندنا وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان
الحقوق تابعة لحكم التصرف وحكم التصرف وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه
كما في الرسول وفي الوكيل بالنكاح والخلع ونحوها على ما سيأتي ذكره قلنا
ان الوكيل هو العاقد في هذه التصرفات حقيقة وحكما اما حقيقة فلان
العقد يقوم بالكلام وصحة كلامه لكونه ادميا له اهلية الايجاب والاستيجاب
فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء واما حكما فلانه يستغني عن اضافة العقد
الى الموكل ولو كان سفيرا محضا عن الموكل لما استغنى عن ذلك كالرسول بخلاف
الرسول والوكيل بالنكاح ونحوه فانهما لا يستغنيان عن الاضافة الى الموكل
فاذا كان عاقدا واستغنى عن الاضافة الى الموكل كان الوكيل اصيلا في الحقوق

فيتعلق به ولهذا قال في النهاية لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان بارا في يمينه
ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كان حانثا انتهى قلنا ثبت الملك للموكل بطريقين
احدهما بطريق الخلافة عن الوكيل بان يثبت الملك ابتداء للموكل بطريق انه قائم مقام
الوكيل لان السبب وهو العقد انعقد موجبا للملك للوكيل لكن الموكل قائم مقامه
في ثبوت الملك له للتوكيل السابق فبقي حقوق الملك في الوكيل وهذا طريقة
ابي طاهر الدباس اختاره جماعة من اصحابنا قال صاحب الهداية وهو الصحيح وقال
شمس الائمة انه اصح وهو مختار المص ايضا على ما سياتي وتحقيقها ان لتصرف
الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته عن الموكل واعمالهما ولو بوجه
اولى من اهمال احدهما فلو اثبت الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس
لحصولهما بعبارته واهليته بطل التوكيل ولو اثبتناهما للموكل بطل عبارته فاثبتنا
الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل بطريق الخلافة على الوجه الذي ذكرناه لا بطريق
الاصالة على ما ذهب اليه الشافعي واذا اثبتنا الملك للموكل بهذه الطريقة تعين
الحقوق للوكيل وثانيهما بطريق الانتقال وهو ان يثبت الملك ابتداء للوكيل لتحقق
سببه من جهة الوكيل ثم ينتقل منه الى الموكل علا بقضية التوكيل وهذا طريقة
الكرخي ومما يدل على صحة طريقة ابي طاهر ان المشتري اذا كان منكوحة الوكيل او قريبه
لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ملك الوكيل المشتري لفسد النكاح وعتق
عليه ثم اعلم انهم تكلموا في معنى قولهم كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه يرجع حقوقه
اليه فقال مولانا العزمي في حاشية الدرر نقلا عن شرح مختصر القدوري
للامام الزاهدي قوله كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه اراد به انه يصح اضافته
الى نفسه ويستغني عن اضافته الى الموكل لا انه شرط ولهذا لو اضاف الوكيل
بالشراء الشراء الى موكله صح بالاجماع وقوله كل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح
مراده انه لا يستغني عن الاضافة الى موكله حتى لو اضاف الى نفسه لا يصح فلفظ
الاضافة واحد والمراد مختلف انتهى وقال مولانا العزمي بعد هذا النقل نقلا
عن الفصول العمادية ان الوكيل بالبيع والشراء لو اضاف العقد الى الموكل لا يرجع
حقوق العقد الى الوكيل اتفاقا انتهى قلت فعلى هذا يلزم ان يكون مراد الامام الزاهدي

بقوله

بقوله صح بالاجماع صح على الموكل لا على الوكيل لكن الظاهر ان مراده ليس كذلك بل مراده
انه يصح على الوكيل يعني كل عقد يصح اضافته الى نفسه فحقوقه يرجع اليه سواء
اضافه الى نفسه او الى موكله وقال في البحر والمراد بقوله فيما يضيفه الوكيل
الى نفسه في كل عقد لا بد من اضافته اليه ينفذ على الوكيل وليس المراد ظاهر
العبارة من انه قد يضيفه الى نفسه وقد لا يضيفه فان اضافه الى نفسه يتعلق
بالوكيل وان اضافه الى موكله يتعلق بالموكل انتهى اقول في دعوى الاجماع والاتفاق
كما في لفظي الامام الزاهدي ومولانا العزمي نظر لانه قال في قاضيخان رجل
وكل رجلا ليشتري له من فلان عبده فجاء الوكيل الى صاحب العبد واخبره
بذلك فقال صاحب العبد بعت هذا العبد من الموكل بكذا فقال الوكيل قبلت
قال ابو القاسم الصفار يكون الوكيل مشتريا لنفسه لان الموكل امره بعقد كانت
العهدة فيه على الوكيل فاذا قال صاحب العبد بعت هذا العبد من الموكل فقد
باشر بيعا كانت العهدة فيه على الموكل فلما قال الوكيل قبلت صار المشتري هو
الوكيل فيصير الوكيل مخالفا للموكل قال مولانا فيما قال ابو القاسم نظر ينبغي ان
لا يصير الوكيل مشتريا لنفسه بل يلزم الامر او يتوقف على اجازته لان الوكيل
لما صار مخالفا للموكل صار كان صاحب العبد قال ابتداء بعت عبدي من
الموكل فاذا قال الوكيل قبلت يتوقف على اجازته ولا يصير الوكيل مشتريا لنفسه
انتهى ما ذكره قاضيخان وجزم في الخلاصة والبزازية انه لا يلزم الموكل لان
الوكيل خالفه في امره ثم قال في البزازية قال ابو القاسم الصفار الصحيح ان
الوكيل يصير فضوليا ويتوقف العقد على اجازة الموكل فظهر من هنا ان في المسئلة
ثلاثة اقوال احدها انه يلزم الموكل والثاني انه يلزم الوكيل والثالث ان العقد
يتوقف على اجازة الموكل وانه هو الصحيح كبيع مثال للعقد الذي يصح اضافة الوكيل
الى نفسه ويستغني عن الاضافة الى الموكل وكذا الشراء فان الوكيل بهما يقول
بعت هذا منك واشتريته منك لا بعته منك من قبل فلان او اشتريته منك
لفلان حتى لو قال كذلك يصير العقد موقوفا على اجازة الموكل على الصحيح من الاقوال
على ما تقدم انفا واجارة وصلح عن اقرار رجل ادعى دارا على عمرو وهو مقر لتلك الدار

للمدعى فوكل عمرو وكيلا على ان يصالح بالمائة فصالح الوكيل عن اقرار فعليه تسليم بدل
الصلح وان صالح عن انكار فلا عليه بل على الموكل على ما سيأتى تتعلق به اى بالوكيل
وقال الشافعى انه تتعلق بالموكل اعتبارا بالرسول والوكيل بالنكاح قلنا قد تقدم الجواب
عنه ولنذكر هنا بوجه اجمالى هو ان الوكيل هو العاقد فى هذه التصرفات حقيقة
وحكما على ما تقدم فيتعلق الحقوق اليه بخلاف الرسول والوكيل بالنكاح فانهما ليسا
بعاقدين لعدم استغنائهما عن الاضافة الى المرسل والموكل فلا يتعلق الحقوق
بهما حتى لو اخرج الرسول كلامه مخرج الوكالة بان اضاف العقد الى نفسه لا يجوز
لان الرسالة لا تتضمن الوكالة لكون الوكالة فوق الرسالة وكذا لو اضاف وكيل النكاح
العقد الى نفسه لا يجوز ان لم يكن اى الوكيل فى العقود المذكورة محجورا احترازا عن
الصبى والعبد المحجورين فان توكيلهما جائز لكن حقوق عقدهما ترجع الى الموكل على ما تقدم
من ان التزام العهدة لا يلزمهما اما الصبى المحجور فلقصور اهليته واما العبد المحجور فلحق
المولى ثم اراد ان يبين الحقوق المتعلقة بالوكيل فى العقود المذكورة وهى على نوعين
نوع يكون للوكيل ونوع يكون على الوكيل فالنوع الاول لا يجب على الوكيل حتى لو امتنع
لا يجبره الموكل لانه متبرع فيه ولا جبر على المتبرع وان مات الوكيل فولاية هذا النوع
لورثته وان امتنعوا وكلوا موكل مورثهم والنوع الثانى يجب على الوكيل حتى يجبر
عليه لانه متبرع عليه فاشار الى النوعين فقال فيسلم المبيع اى الوكيل بالبيع وهو من
النوع الثانى ويتسلم اى الوكيل بالشراء بقبض المبيع وهو من النوع الاول ويقبض
اى الوكيل بالبيع الثمن من المشترى وهو من النوع الثانى ويطالب على صيغة المجهول
اى يطالب الوكيل بالشراء به اى بالثمن وان لم يقبضه من موكله على ما صرح به فى
البزازية لانه عاقد وهو من النوع الثانى بخلاف الوكيل بالبيع فانه لا يطالب بالثمن
من مال نفسه ما لم يقبضه من المشترى وهل يجبر على التقاضى اى الاخذ من المشترى
ففى البزازية الوكيل بالبيع لا يطالب بالثمن من مال نفسه ولا يجبر على التقاضى لانه
متبرع بخلاف الدلال والسمسار والبياع لانهم يعملون بالاجر بل يقال للوكيل
احل الموكل على المشترى وحق القبض للوكيل ولو قبضه الموكل صح الا فى الصرف
فانه لا يجوز قبضه الا للوكيل لان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول قال شيخ الاسلام

الوكيل ما دام حيا وان كان غائبا لا تنتقل الحقوق الى الموكل وقال الفضلى ان مات
عن وصى فالى وصيه لا الى الموكل وان لم يكن له وصى يرفع الى الحاكم لينصب وصيا
عند البعض وهو المعهود وقيل تنتقل الى موكله ولاية قبضه فيحتاط عند الفتوى
انتهى ويرجع اى وكيل الشراء على البائع به اى بالثمن عند الاستحقاق اى استحقاق
المبيع ان نقد الثمن وهو من النوع الاول ويخاصم بكسر الصاد اى الوكيل بالشراء
وهو من النوع الاول ايضا فى عيب شريه ويرده على بائعه به اى بسبب العيب
ان لم يسلم اى الوكيل بالشراء الى موكله وبعد تسليمه لا الا باذنه لان حقه بعد
التسليم اليه قال فى نوع الرد بالعيب من بيوع البزازية الوكيل بالشراء له الرد بالعيب
قبل الدفع الى الموكل كالمضارب ولو ادعى البائع رضاء الامر بالعيب وبرهن
بطل الرد وان اراد تحليف الامر ليس له ذلك لانه لم يجر بينهما عقد وان اراد تحليف
الوكيل ليس له ذلك ايضا لعدم دعوى الرضاء منه ولو اقر الوكيل برضاء الامر
لزمه المبيع وقال فيه ايضا الوكيل بالشراء وجد بالمشترى عيبا قبل القبض فابراء
البائع جاز ولزم الامر وان كان بعد القبض لزمه لا الامر ثم قال فى الفصل
التاسع من كتاب البيوع ايضا الوكيل بالشراء اخذ المشترى على وجه السوم مع
قرار الثمن فاراه الموكل فلم يرض به فهلك فى يد الوكيل وضمن الوكيل قيمة السلعة
للبائع ثم يرجع به على الموكل ان كان امره بالاخذ على وجه السوم وان كان
لم يامره لا يرجع وفى البحر لو مات الوكيل بالشراء قبل الرد بالعيب يرده وارثه
او وصيه ان كان ذلك والا فيرده الموكل ويخاصم بفتح الصاد اى يخاصم الوكيل
بالبيع فى عيب مبيعه لو مات الوكيل بالبيع قبل المخاصمة بالعيب يرده المشترى
على وارث الوكيل او وصيه ان كان والا فعلى الموكل وفى البزازية الوكيل بالشراء
يملك ابراء البائع عن العيب عندهما وعلى قول ابى يوسف اختلفوا فيه قيل ان كان
قبل قبض المبيع يملك وان كان بعد قبضه لا يملك وقيل يملك ابراءه على الاطلاق
الوكيل بالبيع يملك اسقاط الثمن عن مشتريه اقالة او ابراء وضمنه للموكل وسيأتى
تفصيله وفى شفعته ان كان المبيع فى يده اى فى يد الوكيل بالبيع اى قبل
التسليم الى المشترى وكذا اى يخاصم الوكيل بالشراء فى شفعة مشتريه اى قبض

مشترية وكان في يده واما اذا سلمه الى موكله فالمطالب بالشفعة هو الموكل لانتهاء
الوكالة بالتسليم اليه ثم لما ذكر ان الحقوق في العقود المذكورة ترجع الى الوكيل
مع ان الملك يثبت للموكل اراد ان يذكر ان الملك باي طريق يثبت للموكل فقال والملك
يثبت للموكل ابتداء قد تقدم من قبل ان في ثبوت الملك للموكل مع تعلق حقوقه بالوكيل
طريقين احدهما طريقة الخلافة وهي طريقة ابي طاهر الدباس والثاني طريقة الانتقال
وهي طريقة الكرخي واختاره قاضيخان ولما كان مختار اكثر المشايخ الطريقة الاولى
اختارها المص ايضا وهي التي صححها شمس الائمة وصاحب الهداية وقد ذكرنا وجه
الطريقين فارجع اليه ثم فرع عليها اختاره من الطريقين فلا يعتق قريب وكيل
شراه وكذا لا تفسد نكاح الوكيل بالشراء اذا اشترى منكوحته ولو ملك الوكيل
بالشراء ما شراه ابتداء على ما قاله الكرخي يلزم ان يعتق على الوكيل بالشراء اذا اشترى
منكوحته ولو ملك الوكيل بالشراء ما شراه ابتداء على ما قاله الكرخي يلزم ان يعتق
على الوكيل بالشراء قريبه اذا اشتراه للموكل وتفسد نكاحه فيما اشتراه وكالة منكوحته
وليس كذلك فظهر صحة طريقة ابي طاهر الدباس من ان الملك يثبت للموكل ابتداء لكنه
بطريق الخلافة عن الوكيل فان قيل عدم وقوع العتق وعدم فساد النكاح فيما ليس
لعدم الملك للوكيل بل لعدم استقرار الملك في الوكيل ومدار العتق وفساد النكاح
على استقرار الملك فلم يظهر صحة قول ابي طاهر الدباس اجيب بان الظاهر من اطلاق
قوله عم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ان مدار العتق هو الملك مطلقا لا الملك
على وجه الاستقرار فان قيل ان المطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الملك على
الاستقرار قلنا نعم الا ان هذا اخراج النص عن ظاهره بلا ضرورة ثم اشار الى
ضابطة النوع الثاني من العقود فقال وحقوق عقد يضيفه الوكيل الى موكله اي
لا يستغني عن الاضافة الى موكله بل يلزمه الاضافة اليه تتعلق بالموكل لان الوكيل
فيها سفير محض فيكون اجنبيا عن العقد كنكاح وخلع وصلح عن انكار قيده بالانكار
لان الصلح عن اقرار قد تقدم بيانه او دم عمد وكتابة وعتق على مال وهبة وصدقة
واعارة وايداع ورهن واقراض بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه لا يصح على ما
سنذكره وشركة ومضاربة لان الوكيل في هذه العقود لا بد وان يضيف العقد

الى

الى موكله حتى لو اضافه الى نفسه لوقع النكاح لنفسه على ما صرح به في الزيلعي فكان الوكيل
فيها سفيرا محضا ولا عهدة على السفير فتتعلق الحقوق بالموكل وهذا لان الحكم في هذه
العقود لا يقبل الفصل عن السبب اي البعد اما في الخمسة الاول فلانها من قبيل الاسقاطات
فيتلاشى لان الساقط متلاش فيعقبه حكمه بلا فصل فلا يتصور فيها صدور
السبب اصالة عن شخص وثبوت حكمه لغيره كما يتصور في النوع الاول لان حكمه
يقبل الفصل عن السبب لانه ليس باسقاط حتى يتلاشى فيعقبه حكمه فجاز فيه ان
يصدر السبب عن شخص اصالة ويقع الحكم لغيره ثم معنى الاسقاط في النكاح ان الاصل
في المرأة المالكية لكونها من بنات ادم وبطريان ملك النكاح عليها سقطت مالكيتها
وصارت مملوكة للزوج ولان الاصل في الابضاع الحرمة وبطريان النكاح سقطت
الحرمة وثبت الملك للزوج لضرورة التمكن من الوطي واما في الخلع فانه اسقاط
للنكاح سواء كان الوكيل من جانب المرأة او من جانب الزوج واما في الصلح عن
انكار فانه اسقاط محض لا يشوبه معاوضة اصلا بل فداء يمين في حق المدعى عليه
وهو الموكل وكذا الصلح عن دم عمد فانه اسقاط محض ايضا واما في البواقي اعني
الكتابة والعتق على مال الخ فلان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا
للغير فلا يجعل الوكيل اصيلا فيه بل سفيرا ومعبرا محضا كذا في الهداية والزيلعي
قال في الخلاصة العقود على قسمين منها ما لها حقوق تقبل الفصل عن الحكم كا
كالبياعات والاشرية والاجارات والصلح الجاري مجرى البيع فالوكيل فيها اصيل
في الحقوق حتى يطالب بالثمن ويقبض المبيع ويرد بالعيب ومنها ما لا يقبل الفصل عن
الحكم كالنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والكتابة والعتق على مال والصلح عن انكار
فالوكيل فيه بمنزلة السفير لا يتعلق به شيء من الحقوق حتى لا يطالب بتسليم البدل
والمنكوحة وكذا الوكيل بالهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والاستعارة
والارتهان والاستيهاب لا يتعلق به الحقوق بل الحكم والحقوق تتعلق بالموكل
وليس للوكيل بها ان يرجع ويرد شيئا من ذلك الى يده بعد ما فعل ما امر به
ولا ان يقبض الوديعة والعارية والرهن ولا القرض ممن عليه واما التوكيل
بالاستقراض فلا يصح ولا يثبت به الملك للموكل فيما استقرضه الوكيل الا اذا بلغ على

سبيل الرسالة فيقول ارسلني فلان اليك ليستقرض منك كذا هكذا ذكره ثم قال في
الفصل الخامس الرسول في النكاح والطلاق والبيع والعتاق اذا اخرج الكلام
مخرج الوكالة بان اضاف هذه التصرفات الى نفسه فقال تزوجت فلانة منك
طلقتها اعتقتها بعتك لا تجوز هذه التصرفات لانه رسول والرسالة لا تتضمن
معنى الوكالة لان الوكالة فوق الرسالة والشيء لا يتضمن فوقه وان اخرج مخرج
الرسالة فقال ان فلانا يقول طلقت بعت منك تزوجت منك اعتقتك جاز
كله على المرسل والوكيل بالبيع اذا اخرج الكلام مخرج الرسالة لا ينفذ بيعه
والوكيل بالطلاق والعتاق اذا اخرج الكلام مخرج الرسالة وقال ان فلانا
ان اطلق او ان اعتق ففعل ذلك بعد تصرفه على الموكل لان عهدة هذه التصرفات
على الموكل على كل حال ولو اخرج الوكيل في النكاح والطلاق والعتاق الكلام مخرج
الوكالة بان اضاف الى نفسه صح الا في النكاح والفرق بين الوكيل بالنكاح
وبين الوكيل بالطلاق والعتاق اضاف الى الموكل معنى لانه يبتني على ملك الرقبة
وانه يكون للموكل في الطلاق والعتاق اما في النكاح فذمة الوكيل قابلة للمهر
حتى لو كان الوكيل من جانب المراة واخرج الكلام مخرج الوكالة لا يصير مخالفا
لانه يصير مضيفا الى المراة معنى لان صحة النكاح باعتبار ملك البضع والبضع
ملك المراة فصار كانه قال ملكتك بضع موكلتي بخلاف جانب الرجل انتهى قوله
اما التوكيل بالاستقراض لا يصح عللوه بانه امر بالتصرف في مال الغير وانه
لا يجوز وعورض بالتوكيل بالشراء فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب
بان محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملك الموكل ورد بانه لم لا يجوز ان يكون
الاستقراض البدل في ذمة الموكل وهو ملك الموكل واجيب بان ذلك
محل ايفاء القرض لا الاستقراض ونوقض بالتوكيل بالاستعارة والاستيهاب
فانه صحيح مع انه لا محل له سوى المستعار والموهوب له اذ ليس ثم بدل على
المستعير والموهوب له حتى يجعل محلا للتوكيل واجيب بان المستعار والموهوب
محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاستيهاب وانما محله فيهما
عبارة الموكل فانه تصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض باقامة الموكل

مقام نفسه في ذلك قيل فليكن في الاستقراض كذلك واجيب بانا اعتبرنا العبارة
محلا للتوكيل في الاستعارة ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم
في الذمة اذا لم يكن فيها بدل في الذمة فلو اعتبرناها محلا له في الاستقراض
وفيه بدل معتبر للايفاء في الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف في شخص
واحد من جهة عقد واحد وهو لا يجوز قلت هذا كله بناء على عدم جواز التوكيل
بالاستقراض واما على جوازه فلا وقد تقدم في اول هذا الكتاب بجوازه فارجع
اليه وهل يجوز التوكيل باليمين بالطلاق ففي اخر وكالة البزازية قال لامراة الغير
ان دخلت الدار فانت طالق فاجاز الزوج فدخلت الدار طلقت فدل هذا على
ان التوكيل باليمين بالطلاق جائز انتهى فلا يطالب وكيل الزوج بالنكاح بالمهر
هذا تفريع على عدم تعلق حقوق عقد النكاح بالوكيل وكذا قوله ولا وكيل المراة
اي بنكاحها بتسليم نفسها ولا ببدل الخلع وهذا لما تقدم ان الوكيل في هذه العقود
سفير محض فلا يتعلق به الحقوق وللمشتري عن وكيل البيع منع الثمن من الموكل لانه
اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم في النوع الاول من العقود المذكورة ان
الحقوق راجعة الى العاقد وهو الوكيل حتى اذا نهاه الوكيل عن المطالبة بالثمن
صح نهيه وان نهاه الموكل لا يصح الا ان اذن له الوكيل في بعض مطالبته بالثمن فكما ان
للمشتري منع الثمن عن الموكل كذلك للوكيل منع المشتري عن اعطاء الثمن الى الموكل
وعلى التقديرين لو دفع المشتري بالثمن لان نفس الثمن حق الموكل وقد وصل
اليه فلا فائدة في الاسترداد منه ثم الدفع اليه واليه اشار بقوله فان دفعه
اي المشتري من الوكيل اليه اي الى الموكل صح ولا يطالبه اي المشتري الوكيل ثانيا
لما ذكرناه ان الثمن حق الموكل وقد وصل اليه فلا فائدة في الاسترداد ثم الرد
اليه وهذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جوازه
انما يكون بالقبض لان القبض في الصرف بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل
حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض واعلم ان قوله وللمشتري
منع الثمن الى قوله فان دفعه اليه صح من تفريعات النوع الاول من العقود المذكورة
تامل وان كان للمشتري على الموكل دين وقعت المقاصة به اي بمجرد عقد الوكيل

وهذا لانه قد وصل اليه حقه بمجرد قبض المبيع من الوكيل وكذا اي وقعت المقاصة
ان كان له اي للمشتري على الوكيل دين هذا عندهما خلافا لابي يوسف وهذا الاختلاف
بناء على جواز ابراء الوكيل بالبيع المشتري عن الثمن فعندهما يجوز ابراؤه فكذا يقع المقاصة
بدينه وعنده لا يجوز فلا تقع المقاصة ووجه البناء ان المقاصة ابراء بعوض
فيعتبر بالابراء بغير عوض وجه ابي يوسف ان الثمن الذي في ذمة المشتري
ملك الموكل وابراء الوكيل تصرف فيه على خلاف امره فلا ينفذ كما لو قبض الثمن
ثم وهبه للمشتري فانه لا يجوز ولهما ان الابراء اسقاط لحق القبض والقبض
خالص حق الوكيل فيملكه ويضمنه اي يضمن الوكيل الثمن في المقاصة والابراء
للموكل احياء لحقه لانه قضى دينه بمال الموكل كالراهن اذا اعتق المرهون ينفذ
عتقه ويضمن للمرتهن وان كان دينه اي المشتري عليهما اي على الموكل والوكيل
فالمقاصة بدين الموكل فقط دون الوكيل لان الثمن حق الموكل لا الوكيل على
راي ابي يوسف فيقع المقاصة بحق صاحب الحق واما على رايهما فلقصر المسافة
فيه فانه اذا وقع المقاصة بدين الموكل لا يحتاج الى قضاء اخر كما احتاج فيما وقع بدين
الوكيل كذا في البزازية **باب الوكالة بالبيع والشراء** ومما ينبغي ان يعلم
في هذا الباب ان كل شيئين يتحد حقيقتها ومقاصدها فهما من جنس واحد
وان اختلفت الحقيقة او المقاصد فهما من جنسين وان المراد بالجنس عندهم
ما اشتمل اصنافا وبالنوع هو الصنف لا ما اصطلح عليه اهل الميزان والصنف
هو النوع المقيد بقيد عرضي على ما اصطلح عليه اهل الميزان في الصنف وان
الجهالة ثلاثة انواع فاحشة وهي الجهالة في الجنس فيمنع صحة الوكالة سواء بين
الثمن او لم يبين كالوكالة بشراء رقيق او دار او ثوب او دابة والثانية جهالة
يسيرة وهي ما كانت في النوع المحض كالوكالة بشراء فرس او ثوب هروي او مروي
او هندي او حمار او بغل او دار بثمن كذا في محلة كذا فانه يجوز الوكالة بها وان
لم يبين الثمن لما صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حزام بشراء
شاة للاضحية وهو حجة على بشر المريسي في القول بعدم جواز هذا النوع ايضا
والثالثة جهالة متوسطة بين هذين النوعين كالوكالة بشراء عبد او جارية فان بين

الثمن او النوع بان قال عبدا تركيا او حبشيا او روميا جاز والا فلا اذ ببيان واحد منها
يحصل المعرفة وما بقي من الجهالة يسيرة فيجوز اذا عرفت هذا فاعلم انه لا يصح التوكيل
بشراء شيء يشتمل ذلك الشيء اجناسا مختلفة كالرقيق فانه ينتظم الذكور والاناث
وهما جنسان مختلفان لاختلاف مقاصدهما والثوب فانه ينتظم اجناسا من
الاطلس الى الكساء والدابة فانها تنتظم الفرس والبغل والحمار وغيرها من الاجناس
المختلفة الحقيقة واعلم ان في لفظ الثوب والدابة تفصيلا بين المعرف منها وبين
المنكر سيأتي ذكره نقلا عن البزازية او يشتمل ذلك الشيء ما هو كالاجناس
كالدار لان الدور تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق
والمحال والبلدان فيشتمل على ما هو في معنى الاجناس وان وصلية بين الثمن لان
الجهالة فيها فاحشة فيمنع عن ايثار الوكيل لما امر به وببيان الثمن وحده لا تزول
تلك الجهالة ما لم يبين الجنس لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس ولا يدري
مراد الامر فان بين نوع الثمن الثوب كالهروي جاز لان الجهالة يسيرة ومبنى
التوكيل على التوسعة وفي اشتراط عدم الجهالة اليسيرة حرج بين وقد بينا
ما صح فيه وكذا ان سمى نوع الدابة كالفرس والبغل اي جاز وان لم يبين الثمن
او بين ثمن الدار والمحلة لان بمجرد بيان الثمن لا يحصل المعرفة بدون ذكر المحلة
على ما اختاره المتأخرون او بين جنس الرقيق كالعبد او الجارية ونوعه كالتركي
والحبشي والهندي ونحوها او ثمنا يعين نوعا يعني لا بد في بيان الجنس من
ذكر النوع او الثمن لان بذكر الثمن يعلم من اي نوع يريد وبذكر النوع يعلم ثمنه
فيزول الجهالة الفاحشة او عمم الوكالة فقال ابتع لي ما رأيت واعلم ان الوكالة
على نوعين خاصة وعامة فالخاصة لا تجوز مع الجهالة الكثيرة بدون بيان
ما يزيل الجهالة وهي ما اشار اليه بقوله فان بين نوع الثوب الى قوله او ثمنا
يعين نوعا والعامة جائزة مع الجهالة الكثيرة لانه فوض الرأي الى الوكيل فصار
بمنزلة البضاعة وهي ما اشار اليه بقوله او عمم فقال الخ ثم اعلم ان المص مثل نوع
الدابة بالفرس والبغل ولم يذكر الشاة والحمار والبقرة لانهم اختلفوا في الشاة
منهم من جعلها من قسم الجهالة اليسيرة كالفرس والبغل ومنهم من جعلها من قسم

الجهالة المتوسطة واما الحمار والبقر فجعلهم ما تعرف الصفة فيها بحال الموكل قال في
البزازية والجهالة اليسيرة كجهالة النوع كشاة وفرس وثوب هروي يصح الوكالة
فيها بين الثمن اولا وجعل في المجتبى الشاة من القسم الثالث اي المتوسط وفي
الحمار تصير الصفة معلومة بحال الموكل وكذا البقر فلو كان الموكل فاشترى له حمارا
مصريا او كان الموكل واحدا من العوام فاشترى له فرسا يليق بالملوك يلزم الآمر
انتهى ملخصا في البزازية ولو وكله بشراء الطعام فهو محمول على البر ودقيقه استحسانا
فان العرف في شراء الطعام يقع على الحنطة ودقيقها قالوا هذا في عرف
اهل الكوفة وفي عرف غيرهم ينصرف الى كل مطعوم وهو القياس اعتبارا للحقيقة
اذ الطعام اسم لما يؤكل كما اذا حلف لا ياكل طعاما وقال مشايخ ما وراء النهر
الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي
ونحوها لا الحنطة والدقيق والخبز وفي البحر نقلا عن الذخيرة وعليه الفتوى
وقيل على البر في اكثر الدراهم وعلى الخبز في قليلها وعلى الدقيق في وسطها
وهو قول ابي جعفر الهندواني وفي منتخذ الولية على الخبز بكل حال اي في قليلها
وكثيرها قال في البزازية اذا دفع اليه دراهم وقال اشتر بها طعاما فاشترى
لحما او فاكهة يصح في القياس وفي الاستحسان لا لانه محمول على البر عرفا في
باب الوكالة بخلاف الوصية فانه اذا اوصى بالطعام دخل كل مطعوم فقد فرق
بين الوكالة والوصية في العرف وعلم منه ايضا انه لا فرق بين المعرف والمنكر
في الطعام يعني لو قال اشتر بها الطعام او طعاما فلا فرق بينهما في الحكم بخلاف
الثوب فانهم فرقوا فيه بين المعرف والمنكر وكذا في لفظ الشيء قال في البزازية
دفع اليه دراهم وقال اشتر بها شيئا لا يصح ولو قال على ما تحب وترضى جاز
بخلاف البضاعة والمضاربة لو امره بشراء شيء ثوب لا يصح وبشراء اي ثوب
شئت يصح وفي البضاعة لو امره بشراء ثوب او ثيابا او الثياب يصح وبشراء
اثواب لا يصح دفع اليه الفا وقال اشتر لي بها الدواب او لم يدفعه شيء يصح ولو
قال خذ هذه الالف واشتر بها الاشياء جاز وان لم يسم بضاعة او مضاربة
لانه ادخل اللام ولم يرد المعهود لعدمه ولا كل الجنس لاستحالته علم انه اراد به

ما تيسر له من ذلك الجنس حتى لو لم يدخل اللام لم يصح كقوله ثوبا او دابة بل اولى لان
الشيء اعم فكانت الجهالة الفحش ولم يوجد منه ما يدل على تفويض الامر اليه بخلاف ما
تقدم ولو قال اشتر لي الاثواب لم يذكره محمد قيل يجوز وقيل لا يجوز ولو قال اثوابا
لا يجوز ولو قال ثيابا او الدواب او الثياب او دوابا يجوز وان لم تقيد الثمن انتهى
وهذا بناء على عدم العرف في الثياب والدواب كما كان في الطعام وصح التوكيل
بشراء عين اي شيء معين بدين له اي للموكل على الوكيل ويكون ما اشتراه الوكيل للموكل
سواء قبضه من الوكيل او مات قبل القبض عن الوكيل لان في تعيين المبيع تعيين
البائع ولو عين البائع جاز بالاتفاق فكذا هذا وفي غير المعين ان هلك ما اشتراه
في يد الوكيل فعليه اي على الوكيل وان قبضه الموكل فهو له هذا عند ابي حنيفة وقالا
هو اي غير المعين لازم للموكل ايضا اي مثل المعين وهلاكه عند الوكيل عليه اي على
الموكل اذا قبضه الوكيل من البائع الظاهر انه قيد لكل من قوله لازم للموكل ومن قوله
وهلاكه عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كان
او عينا الا يرى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين عليه لا يبطل العقد
ولو تعين لبطل واذا لم يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتعيين بالتقييد فيه
فصح التوكيل ويلزم الامر على التقديرين لان يد الوكيل كيده فصار كما لو قال
تصدق بمالي عليك على المساكين او قال لمستاجره اصرف الاجرة الواجبة عليك
الى عمارة داري فانه يجوز ويكون على الامر ولابي حنيفة ان النقدين يتعينان في
الوكالات فلو كان هلاكه على الموكل كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين
من غير ان يوكله بالقبض وهو البائع او كان امرا بدفع ما لا يملكه الا بالقبض
قبل القبض وكلاهما لا يجوز اما الاول فلعدم قدرته على التسليم واما الثاني
فلان الديون تقضى بامثالها فكان ما اداه المديون ملكه ولا يملكه الداين قبل القبض
والامر بدفع ما ليس بملكه بخلاف ما اذا عين البائع فان التوكيل صحيح لازم للموكل
لانه يجعل البائع اولا وكيلا عنه في قبضها على الوكيل من الدين ثم تمليكه وهذا
ليس بتمليك من غير من عليه الدين ولا امرا بصرف ما لم يقبضه هذا واستدلوا
على ان النقدين يتعينان في الوكالات بمسئلتين احدها انه لو قيد الوكالة بالعين

منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت الوكالة الثاني ان الوكيل بالشراء
اذا قبض الدراهم او الدنانير من الموكل وقدامره ان يشتري بها طعاما فاشترى بدراهم
او دنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل او دراهم فالطعام للوكيل وهو ضامن لدراهم
الموكل ودنانيره عليها نقل في العناية عن الناطقي وهكذا ذكره في البزازية ايضا
ويملك الضمان بالتعدي وهاتان المسئلتان تدلان على ان النقدين يتعينان بالتقابض
في الوكالة والاولى يدل عليه مطلقا والثانية تدل عليه بعد القبض وقال في
العناية نقلا عن زيادات محمد رجل قال لغيره اشتر لي بهذا الالف الدراهم جارية واراه
الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل جارية بالف درهم
لزم الموكل وهذا يدل على انها لا تتعينان في الوكالة قبل قبض الوكيل والكلام بلزم
الجارية على الموكل ثم قال نقلا عن الذخيرة والاصل ان الدراهم والدنانير لا تتعينان
في الوكالات قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالات وسيلة الى الشرى فيعتبر
بنفس الشرى والدراهم والدنانير لا تتعينان في الشرى قبل التسليم فكذا فيما هو
وسيلة الى الشرى واما بعد التسليم الى الوكيل اختلف فيه المشايخ قال بعضهم تتعين
لما ذكرنا وعامتهم على انها لا تتعين قال في البزازية النقود في الوكالة قبل التسليم
الى الوكيل لا تتعين وبعد التسليم اليه قيل تتعين حتى بطلت بالهلاك وقال اكثر المشايخ
لا تتعين ولا تبطل بهلاكها وفي الشركة والمضاربة والهبة تتعين بكل حال انتهى
وفي قوله بالهلاك اشارة الى رد ما في النهاية من ان بطلان الوكالة مخصوص
بصورة استهلاك الوكيل ولا تبطل بالهلاك وما ذكر في البزازية موافق لما في شروح
الجامع الصغير حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة
وهكذا ذكره في الخلاصة عن الزيادات وعلى هذا الخلاف اذا امره اي امر الداين
المديون ان يسلم ما عليه من الدين او يصرفه فان عين المسلم اليه ومن يعقد به
عقد الصرف بان يقول للمديون اسلم ما لي عليك من الدين في كر حنطة الى فلان
بعينه ففعل جاز بالاتفاق على الامر وان لم يعين بان يقول له اسلم ما لي عليك في
كر حنطة ولم يقل الى فلان فاسلم فهو على الخلاف الذي تقدم بينه وبين صاحبيه
وكذا الحال في الصرف بخلاف ما لو امره بالتصدق او بالانفاق على داره المستاجرة

للمديون

ما فباح

للمديون فانه يجوز على الامر مطلقا على ما تقدم ذكره ولو وكل عبد ليشتري نفسه له
اي للموكل من سيده فهو على ثلاثة اوجه اما ان يضيف العقد الى موكله او الى نفسه
او اطلق فاشار الى الوجه الاول بقوله فان قال اي العبد لمولاه بعني نفسي بكذا لفلان
فباع المولى بذلك الثمن فهو اي العقد والعبد له اي للموكل لان العبد يصلح وكيلا عن
غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن مالية نفسه لانها للمولى وله عبارة ملزمة
كالحر والعقد انما يرد عليه من حيث انه مال قصدا وتوكيله بشرائها كتوكيله بغيره
من اموال الناس وكتوكيل اجنبي بشراء نفسه فاذا صح توكيله واضاف العقد الى
الموكل يقع عن الموكل على ما هو قضية الوكالة والثمن على العبد لانه هو المباشر
فان قيل لو كان العبد اجنبيا عن مالية نفسه لكان للمولى حق الحبس لاستيفاء الثمن
اذا باعه من نفسه لموكله لان للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن وليس للمولى
ذلك قلنا ان العبد وان كان اجنبيا عن مالية نفسه الا ان ماليته بيده لكونها
مسلمة اليه فلم يكن للمولى حق الاحتباس لاستيفاء الثمن كما انه ليس للبائع حق احتباس
المبيع بعد تسليمه الى المشتري لاستيفاء الثمن الا ترى ان المودع اذا اشترى الوديعة
التي كانت عنده لم يكن للبائع احتباسها لاستيفاء الثمن لكونها في يد المودع مسلمة
اليه والمص اشار بقوله فباع فهو له الى ان العقد يتم بمجرد قول البائع بعت بدون
القبول من العبد على ما دل عليه ظاهر الهداية ايضا لكنه نقل في العناية عن الجامع
ان اضافة العقد الى الموكل انما تفيد الملك للموكل اذا وجد الايجاب من المولى والقبول
من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد
قبلت بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه على ما
سيأتي فانه اعتاق على مال والواحد يتولى طرفي الاعتاق فيتم بقول المولى بعت
بعد قول العبد بعني نفسي والى ان وقوعه للموكل اعم من وقوعه له بطريق الانتقال
كما هو مذهب الكرخي او ابتداء كما هو مذهب ابي طاهر فان ثبوت الملك للموكل بالشراء
مختلف فيه كما صرح به في البزازية حيث قال الكرخي يثبت الملك للوكيل ابتداء
ثم ينتقل الى الموكل وقال ابو طاهر يثبت للموكل ابتداء وهو الاصح ولهذا لو كان المشتري
منكوحة الوكيل او قريبه لا يفسد نكاحه ولا يعتق عليه وقال القاضي ابو زيد الوكيل

نائب في حق الحكم اصيل في الحقوق فوافق الكرخي في الحقوق وابا طاهر في حق الحكم
وهذا احسن انتهى ثم اشار الى الوجه الثاني والثالث بقوله وان لم يقل لفلان بل قال
بعني نفسي مني بكذا وهو الوجه الثاني او قال بعني نفسي بكذا بلا زيادة مني وهو الوجه
الثالث ففي الصورتين اذا قال المولى بعت عتق على مال معتد بمجرد بعت لانه اعتاق
دون بيع وقد رضي به المولى فان قيل العبد وكيل بشراء شئ بعينه فكيف جاز له
ان يشتري لنفسه بل واقع عن الامر وان لم يضف اليه قلنا نعم الا ان الوكيل اتى
بجنس اخر من التصرف وهو العتق على مال فكان مخالفا فينفذ عليه فان قيل اللفظ
حقيقة في البيع فهلا يمكن العمل بها حتى يصرف الى المجاز قلنا ان حقيقته متعذرة ههنا
حيث اضاف العقد الى نفسه وحقيقة البيع بالنسبة الى نفسه غير متصور فيكون
عتقا فان قيل هذا ظاهر في الوجه الثاني واما في الوجه الثالث فلا قلنا ان المطلق
يحتمل الامتثال وغيره فلا يجعل امتثالا بالشك فبقي التصرف واقعا لنفسه لان
الاصل في التصرفات ان يقع للمباشرة فيقع عتقا لا بيعا لما تقدم ان حقيقة البيع
متعذر وان وكل العبد غيره ليشتريه من سيده بالف منه ودفعها الى الوكيل
وهذا عكس المسئلة الاولى فان قال الوكيل للسيد اشتريته لنفسه فباع اي ان قال
الوكيل وقت الشراء للسيد انا اشتري عبدك لنفسه بكذا فباعه المولى عتق العبد على
السيد لان بيع العبد من نفسه اعتاق له على مال وهو يتوقف على قبول المعتق وقد
وجد ذلك منه لان شراء العبد نفسه قبول منه للعتق ببدل والمامور بغير محض
حيث اضاف العقد الى موكله وهو العبد والحقوق لم ترجع اليه لكونه سفيرا فصار
كان العبد اشترى نفسه بنفسه وهل يجب على العبد الف اخرى سوى ما دفعه الى الوكيل
ففي النهاية والعناية قال الامام قاضيخان في الجامع الصغير وفيما اذا بين الوكيل للمولى
انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد الف اخرى لم يذكر ذلك في الكتاب وينبغي
ان يجب لان الاول مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه قالا وفي كلام صاحب الهداية
ما يشير اليه ايضا فانه جعل شراء نفسه بقوله الاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه اخرى
كان اعتاقا بلا بدل قلت فعلى هذا كلام المصنف خال عن هذه الاشارة لانه لم يقيد
العتق ببدل وولاؤه له اي للسيد لانه اذا كان اعتاقا اعقب الولاء للمعتق وهو السيد

وان

وان لم يقل الوكيل وقت الشراء لنفسه بل اطلقه بان قال اشتريته فهو اي العقد والعبد
للوكيل لان اللفظ حقيقة في البيع فيحافظ عليها ما امكن وقد امكن عند الاطلاق
عن البيان بذكر نفسه فان قيل لا نسلم انها ممكنة لانه توكيل بشراء شئ بعينه فليس
للوكيل ان يشتريه لنفسه فالجواب عنه ما ذكرناه وهو ان الوكيل اتى بجنس اخر
من العقد وهو العتق على مال فكان مخالفا للامر فينفذ عليه وعليه اي على الوكيل
ثمنه اي ثمن العبد لان الغرم بالغنم وما اعطاه العبد وقت التوكيل لاجل الثمن للمولى
لانه ملكه لانه كسب عبده وهذا يدل على ما ذكرناه انفا من الجامع الصغير لقاضيخان
من انه ينبغي ان يجب على العبد الف اخر وهذا التفصيل انما هو في توكيل العبد غيره
لشراء نفسه من مولاه واما لو وكل اجنبي اجنبيا لشراء العبد من مولاه فلا فرق
ان يقول الوكيل انا اشتري عبدك لموكلي او لم يقل ذلك بل اطلقه او اضافه
الى نفسه في ان يقع العقد للموكل لان العقد ههنا من نوع واحد عن المبايعة
وفي الاحوال الثلاثة يتوجه المطالبة نحو العاقد فلا حاجة الى البيان بخلاف
مسئلة الكتاب فان احدهما اعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل
لكونه سفيرا محضا فلا بد من البيان واذا قال الوكيل لمن وكله بشراء عبد مثلا
اشتريت لك فمات عندي وقال الموكل اشتريته لنفسك فالقول للموكل ان لم يكن
الموكل دفع الثمن الى الوكيل والا فالوكيل اذا وكل رجلا بشراء عبد بالف فقال
الوكيل قد فعلت وانكره الموكل فلا يخلو اما ان يكون التوكيل بشراء عبد معين
او غير معين وعلى التقديرين اما ان يكون العبد حيا او ميتا عند اختلافهما وعلى
التقديرين اما ان يكون الثمن منقودا اليه اولا فالاقسام ثمانية فان كان
العبد غير معين وهو ميت والثمن غير منقود فالقول للامر لان المامور اخبر عما
لا يملك استئنافه بسببه وهو الرجوع بالثمن على الامر لان قوله فعلت ومات
عندي اخبار عن الرجوع بالثمن عليه وهو لا يقدر على استئنافه بسببه
وهو العقد لكون المحل ميتا والموكل منكر فالقول له وان كان الثمن منقودا فالقول
للوكيل لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة وهما مسئلتا المتن وان كان حيا
والثمن منقود فالقول للوكيل ايضا لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند

ابي يوسف ومحمد لانه يملك استينافا الشراء لكون المحل حيا فلا يتهم في الاخبار
وعند ابي ح القول للآمر لانه موضع تهمة بان يشتريه لنفسه ثم وجد العقد
خاسرا فاراد ان يلزمه للآمر وان كان معينا حيا فالقول للمامور سواء كان الثمن
منقودا او لا بالاتفاق لتمكنه الاستيناف عندهما ولعدم التهمة عنده لان الوكيل
بشراء معين لا يملك الشراء لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبة الموكل وان كان
ميتا والثمن منقود فالقول للمامور لكونه امينا وان كان غير منقود فللآمر لانه
اخبر عما لا يملك الاستينافا في سببه على ما مر وكلام المص يشمل هاتين الصورتين
ايضا والوكيل بالشراء طلب الثمن من الموكل اذا فعل ما امر به اعني الاشتراء وان
وصلية لم يدفعه اي الثمن الى البايع لان بينهما مبادلة حكمية كان الوكيل باعه من
الموكل والموكل اشتراه منه فكما ان للبايع حقيقة طلب الثمن من المشتري قبل دفع
المبيع اليه وبعده فكذلك للبايع الحكمي ان يطلب الثمن من المشتري قبل الدفع وبعده
نعم لو كان طلب الثمن من الموكل وحبس المبيع عنه لاجل دفع الثمن الى البايع لم يكن
له الطلب من الموكل قبل الدفع ولكنه ليس كذلك بل لاجل ان بينهما مبادلة حكمية وهذا
المعنى لا يختلف بين ما اذا نقد الثمن الى البايع او لم ينقده ولان المبيع قد سلم للموكل
من جهة الوكيل فيرجع عليه ولانه لو لم يرجع عليه بما دفعه لكان متبرعا فيه
والشخص انما يكون متبرعا اذا كان الدفع بغير اذن من غير يد الرجوع عليه والاذن
ثابت ههنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها الدفع علم
انه مطالب بالدفع لقبض المبيع فكان راضيا بذلك امرا به دلالة والدليل على
ان بينهما مبادلة حكمية ان الموكل لو وجد في المبيع عيبا يرده على الوكيل ولو اختلفا
في قدر الثمن تحالفا فان قيل ان كلا من الرد والتحالف فرع المبادلة فكيف يكون دليلا
عليها اجيب بان الفرع المختص باصل يكون وجوده دليلا على وجود اصله فلا امتناع
في كونه دليلا وانما الممتنع كونه علة لاصله وقال في وكالة التاتارخانية و
للوكيل بالشراء ان يرجع على الموكل بالثمن قبل ان يؤدي الثمن من مال نفسه وهكذا
ذكر في الزيلعي والعناية وقال في الاشباه الوكيل بالشراء اذا دفع الثمن من
ماله فانه يرجع على موكله بذلك الثمن الا فيما اذا ادعى الدفع وصدقه الموكل وكذبه

البايع فلا رجوع كما في كفالة الخانية وهكذا ذكره في البحر نقلا عن الخانية ايضا
اقول فيه نظر لانه لما جاز للوكيل بالشراء ان يرجع على المؤكل بالثمن قبل دفعه الى
البايع على ما صرح به في الخانية والزيلعي والعناية وغيرها من الكتب وهو
مسئلة الكتاب وكان الحقوق راجعة الى الوكيل ههنا لم يكن لتكذيب البايع اثر
في منع رجوع الوكيل عن مؤكله وانما الاستثناء الذي نقله عن كفالة الخانية
في مسئلتي الكفالة والتوكيل بقضاء الدين لا في مسئلة التوكيل بالشراء و
الفرق بين الكفالة والوكالة بقضاء الدين والوكالة بالشراء ظاهر اما بين
الكفالة والوكالة فلان الكفيل انما يرجع على المكفول عنه بحكم الاداء حتى لا يرجع
عليه قبل الاداء لانها ضم ذمة الى ذمة في المطالبة لا في الدين فلا يملك
الرجوع بالدين الا بان ملك الدين ولا يملكه الا بالدفع او بهبة الدين عليهما
صرح به في البزازية وغيرها والوكيل انما يرجع على المؤكل بحكم المبادلة الحكمية
الجارية بينه وبين المؤكل لا بالدفع على ما تقدم انفا وبه صرح في البزازية
والزيلعي واما بين الوكالة بقضاء الدين والوكالة بالشراء فلان الوكيل بقضاء
الدين لا يملك الرجوع على الموكل الا بدفع الدين الى الداين لانه هو المامور به
والمامور لا يملك الرجوع على الآمر الا بفعل ما امر به بخلاف الوكيل بالشراء فان
المامور به ههنا هو الشراء وقد فعل ذلك لا دفع الثمن الى البايع وانما دفع
الثمن من ماله حرضي به دلالة فاذا فعل الشراء تمت الوكالة فله الرجوع على
امره بالثمن ولعل ابن نجيم غفل عن هذا الفرق وجعل مسئلة الوكالة بالشراء
مثل مسئلة الكفالة ومسئلة الوكالة بقضاء الدين فلنذكر في كفالة
الخانية قال فيها رجل عليه الف لرجل فامر المديون رجلا ان يقضي الطالب
الالف التي عليه فقال المامور قضيت فصدقه الآمر وكذبه صاحب الدين
لا يرجع المامور على الآمر لان المامور بقضاء الدين وكل شراء ما في ذمته
فاذا لم يسلم له ما في ذمته لا يرجع المامور على الآمر كالوكيل بشراء العين
اذا قال اشتريت ونقدت الثمن من مالي وصدقه المؤكل وكذبه البايع لا يرجع
الوكيل على المؤكل ثم قال رجل له على رجل الف درهم دين فامر الغريم رجلا

ان يقضي صاحب المال ماله فقال المامور قد قضيت صاحب المال ماله وانا ارجع
به عليك وصدقه الغريم بذلك وقال صاحب المال ما قبضت شيئا فالقول قول
صاحب المال مع يمينه ولا يرجع المامور على الامر بشئ وان صدقه الامر وكذلك
الكفيل على هذا يعني لو كفل رجل عن رجل بمال بامر المكفول عنه فقال الكفيل بعد
ذلك قضيت صاحب المال ماله وصدقه المكفول عنه بذلك وكذبه صاحب
المال وحلف واخذ ماله من المكفول عنه لم يرجع الكفيل على المكفول عنه ثم قال
فيها ايضا نقلا عن السراجية امر رجلا ان يقضي عنه الفا لرجل عليه له الف فقال
قضيت وصدقه الامر وكذبه صاحب المال فلا رجوع له على الامر والحاصل
ان الوكيل بالشراء يرجع على الموكل بعد ما اشترى وقبض المبيع من البايع لثبوت
المبادلة الحكمية بينه وبين الموكل وان المطالبة بالثمن الى الوكيل لا الى الموكل بخلاف
الكفيل فانه انما يرجع على المكفول عنه بعد دفع المال الى المكفول له لان حق الرجوع
في الكفالة بحكم الدفع ويملك ما في ذمة المكفول عنه وكذا في الوكالة بقضاء
لا بحكم المبادلة الحكمية قال في الفصل الثالث من وكالة البزازية امر بقضاء دينه
فقال المامور قضيت فصدقه الامر فيه وكذبه الطالب وحلف على عدم وصول
المال اليه واخذه من الامر لا يرجع المامور على الامر لان الامر كذب في اقراره
حيث قضي عليه بالدين لان الاقرار انما يبطل بالحكم على خلافه اذا كان الحكم بالبينة
اما اذا كان بالاقرار فلا يبطل بل لان المامور وكيل بشراء ما في ذمة الامر بمثله
وينقد الثمن من مال نفسه وانما يرجع على الامر اذا سلم له ما في ذمته كالمشتري
انما يؤمر بتسليم الثمن الى البايع اذا سلم البايع ما اشترى اما اذا لم يسلم فلا انتهى
وهذا ما يدل على ما ذكرناه من الفرق بين الوكيل بقضاء الدين وبين الوكيل بالشراء
فان الوكيل بالشراء ليس وكيلا بشراء ما في ذمة الموكل بمثله وينقد الثمن من مال
نفسه كما هو كذلك الوكيل بقضاء الدين ثم قال في البزازية نقلا عن الكافي
امره بان ينقده عنه فلانا الفا او قال انقده الفا له علي او ادفع الذي له علي
او اعطه الذي له علي او اوفه ماله علي او اعطه عني الفا او اقضه ماله علي او
اقضه عني او انقده الفا على اني ضامن او على اني كفيل بها او على انها لك علي او على انها

لك

لك الي او قبلي ونقد رجع في الكل على الامر ولو امره في هذه الفصول ان ينقد
الجياد فاعطى الزيوف يرجع بالزيوف وفي الكفالة يرجع بما كفل لان الرجوع هنا
بحكم الاقراض وفي الكفالة بحكم ملك ما في ذمة الاصيل بالدفع ثم ذكر في اواخر
الفصل الخامس ان الكفيل يرجع بحكم الاداء والوكيل يرجع بحكم المبادلة الحكمية
الجارية بين الوكيل والموكل وحبس المشتري اي المبيع وهو عطف على طلب الثمن
لاجله اي لاجل الثمن لما ذكرناه من ان بينهما مبادلة حكمية فصار الوكيل مثل
البايع وموكله مثل المشتري فله الحبس قبل الدفع وبعده وقال زفر ليس للوكيل
حبس المبيع لان الموكل صار قابضا بيد الوكيل لان يده يد الموكل والحبس في
المقبوض غير متصور ولنا ان في ذلك طريقين احدهما ان يقال التسليم الاختياري
يسقط حق الحبس وهذا التسليم ليس باختياري بل هو ضروري لا يمكن الاحتراز
عنه لان الوكيل لا يمكن له ان يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا فلا يسقط
حق الحبس والثاني ان يقال ان قبض الوكيل في الابتداء متردد بين ان يكون
لتتميم مقصود الموكل وان يكون لاحياء حقه وانما يتبين احدهما عن الاخر بحبسه
وعدم حبسه فكان الامر فيه موقوفا في الابتداء فان لم يحبسه عرفنا
انه كان عاملا للموكل وان حبسه عرفنا انه كان عاملا لنفسه فلم يكن الموكل
قابضا بقبضه قال في الوكالة بالشراء من بيوع البزازية وللوكيل حبس
المبيع الى ان يقبض حقه عندنا خلافا لزفر فان نقد الوكيل بالشراء الثمن من
ماله ثم لقي الموكل في بلد اخر والمبيع ليس عنده وطلب من الموكل الثمن فابى ان
يسلم اليه المبيع فان كان الموكل طالبه بتسليمه حين كان المبيع بحضرته ولم يسلمه
بل حبسه حتى يقبض الثمن له ان لا يدفع الثمن حتى يقبض المبيع لانه امتنع عن تسليم
المبيع حال حضرته فللموكل ان يمنع حال غيبته وان كان الموكل لم يطلبه منه حال
حضرة المبيع ليس له ان يمتنع عن دفع الثمن لانه صار دينا في ذمة الموكل ثم
اعلم ان كلا من طلب الثمن من الموكل وحبس المبيع منه اذا كان الثمن حالا بان اشتراه
الوكيل بتا واما اذا اشتراه بثمن مؤجل فلا بل يتأجل في حق الموكل ايضا
ولا يطالبه الوكيل حالا حتى لو مات الوكيل قبل حلول الاجل وحل عليه الثمن لا يحل

على الموكل كذا في البزازية بخلاف ما اذا اشتراه بنقد ثم اجله البايع كان للوكيل ان
يطالبه به حالا وهي الحيلة كذا في الخلاصة والبحر وهل يرجع الوكيل عليه بالثمن
فيما اذا وهب البايع الثمن للوكيل او ابراه عنه ففي البزازية وهب البايع كل الثمن للوكيل
بالشراء رجع الوكيل على الموكل بكله وان وهب له نصفه ثم النصف الباقي يرجع
بالنصف الباقي دون الاول لان الاول حط واسقاط والثاني هبة ولو كان
الفا فوهب له اولا تسعمائة ثم مائة يرجع بالمائة عند الامام ابح وابي يوسف
وبه اخذ الحسن هكذا ذكره ثم قال وعلم بما ذكرنا ان ابراء البايع الوكيل وهبته
على السواء يرجع فيهما على موكله بالثمن والداين اذا ابرا الدين عن الكفيل لا يرجع
على المكفول عنه واذا وهب يرجع والفرق ان الكفيل يرجع بحكم الاداء حتى لا يملك
الرجوع قبل الاداء لانه ملك ما في ذمة الاصيل وملكه قد يكون بالاداء و
قد يكون بالهبة لانها سبب للملك كالاداء اما في الابراء فليس من اسباب الملك
بما في ذمة المديون وفي الوكالة الرجوع بحكم المبادلة الحكمية الجارية بين الوكيل
والموكل انتهى اقول ما ذكره اولا مسلم ومذكور في الكتب يصلحي نقله في البحر
عن الواقعات الحسامية وكذا ما ذكره ثانيا من قوله ان ابراء البايع وهبته على
السواء مم بل المعلوم ما ذكره اولا الفرق بين الابراء والهبة كما في ابراء الدين
عن الكفيل فانه قال يرجع بالنصف الباقي دون الاول وعلله بقوله لان
الاول حط واسقاط والثاني هبة فقد حكم في الابراء بعدم الرجوع وفي
الهبة بالرجوع فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك على الامر ولا يسقط
الثمن عن الامر لعدم التعدي من المامور وان هلك بعد حبسه سقط الثمن عن
الموكل بالاتفاق لكونه مضمونا على الوكيل بالاتفاق لكنهم اختلفوا فقال ابو ح ومحمد
انه يضمن ضمان المبيع واليه اشار بقوله يسقط لان المبيع مضمون بالثمن حتى اذا هلك
في يد البايع قبل التسليم الى المشتري سقط الثمن عن المشتري قل او كثر وعند ابي يوسف
هو كالرهن فيضمن ضمان الرهن فيعتبر الاقل من القيمة ومن الدين وضمان الغصب
عند زفر فيجب مثله ان كان مثليا وقيمته بالغة ما بلغت ان كان قيميا كما هو ضمان
المغصوب وهذا بناء على مذهبه من ان الوكيل ليس له حق الحبس فصار بالحبس غاصبا

ولهما

ولهما ان الوكيل بمنزلة البايع للموكل والموكل بمنزلة المشتري منه لما بينا من المبادلة الحكمية
على ما تقدم وللبايع حق الحبس لاستيفاء الثمن واذا هلك عنده صار مضمونا عليه
بالثمن قليلا كان او كثيرا من القيمة ويسقط من المشتري فكذا الوكيل لانه بايع حكما و
لابي يوسف انه مضمون عليه بعد الحبس بعد ان لم يكن مضمونا قبل فكان في معنى
الرهن لا في معنى البيع فان المبيع مضمون عليه ينفسخ العقد قبل الحبس ايضا اذا عرفت
هذا فان كان الثمن مساويا للقيمة سقط بالاتفاق والخلاف انما يظهر فيما اذا كان
الثمن عشرة والقيمة خمسة عشر فعند زفر يضمن خمسة عشر لكونه غصبا عنده
وعند الثلاثة يضمن عشرة اما عند ابي يوسف فلكونه اقل واما عندهما فلكونه ثمنا
وان كان بالعكس فعند زفر يضمن عشرة فيطالبه بالخمسة من الموكل وكذا عند
ابي يوسف لكونه اقل ونقدها من ماله وقبض المبيع ولم يحبسه عن الموكل حتى
اعطاه نصفه ثم حبس وهلك في يده سلم له النصف المقبوض وبطل الباقي
وان كان حبسه في اول الامر رد المقبوض ايضا انتهى هذا كله في هلاك المبيع
في يد الوكيل والموكل لم يكن دفع اليه الثمن واما اذا دفع الموكل الثمن اليه فهلك
الثمن في يده ففي الفصل الخامس من وكالة البزازية نقلا عن الجامع دفع الى
الوكيل الفا ليشتري به فاشترى وقبل ان ينقد للبايع هلك من مال الامر وان
اشترى ثم نقده الموكل فهلك الثمن قبل دفعه الى البايع عند الوكيل يهلك من
مال الوكيل وفي الجامع الاصغر وكله به ودفع الفا اليه فاشترى ولم ينقد حتى
هلك رجع مرة فان دفع وهلك ثانيا لا يرجع اخرى والمضارب يرجع مرارا
والكل راس المال انتهى وسياتي في المضاربة وفي التاتارخانية رجل دفع
الى رجل الف درهم وامره ان يشتري له بها عبدا فوضع الوكيل الدراهم في منزله
وخرج الى السوق واشترى له عبدا بالف درهم وجاء بالعبد الى منزله واراد
ان يدفع الدراهم الى البايع فاذا الدراهم قد سرقت وهلك العبد في منزله
فجاء البايع وطلب منه الثمن وجاء الموكل يطلب منه العبد كيف يفعل قالوا
ياخذ الوكيل من الموكل الف درهم ويدفعها الى البايع والعبد والدراهم هلكا
على الامانة في يده قال الفقيه ابو الليث هذا اذا علم بشهادة الشهود انه اشترى

العبد وهلك في يده اما اذا لم يعلم ذلك الا بقوله فانه يصدق في نفي الضمان
عن نفسه انتهى وفي الوكالة بالشراء من بيوع البزازية الوكيل بالشراء لو اخذ المبيع
على وجه السوم مع قرار الثمن فاراه الموكل فلم يرض به الموكل فهلك في يد الوكيل
ضمن الوكيل قيمة السلعة للبايع ثم يرجع به على الموكل ان كان امره بالاخذ على وجه
السوم وان كان لم يامره لا يرجع هذا كله في الهلاك واما لو ذهبت عين المبيع في
يد الوكيل بعد حبسه فهل يسقط الثمن ففي البحر نقلا عن زيادات قاضيخان انه
لم يسقط شيء من الثمن لان العين وصف والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكن
يخير الموكل ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وهذا كله في الوكيل بالشراء
وهل هو كذلك في الوكالة بالاستيجار ففي البحر نقلا عن الخانية الوكيل باستيجار
الدار اذا استاجر للموكل دارا بمائة درهم وشرط التعجيل او لم يشترط وقبض
الوكيل الدار لا يكون له ان يحبسها من الموكل بالاجر فان حبسها حتى مضت المدة
ذكر في بعض الروايات ان الاجر على الوكيل ثم الوكيل يرجع على الموكل ولا يسقط
الاجر عن الموكل بحبس الوكيل بخلاف ما اذا غصبها غاصب فانه لا يجب الاجر
على الموكل ولا على الوكيل وفي بعضها يسقط الاجر عن الموكل بحبس الوكيل قال
فيكون مضمونا ضمان البيع عندهما وضمان الرهن عند ابي يوسف وضمان الغصب
عند زفر كما في الشراء على ما تقدم وليس للوكيل بشراء معين شراؤه لنفسه لانه
يؤدي الى تغرير المسلم لانه اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه عزل نفسه عن
الوكالة وهو لا يملك ذلك في غيبة الموكل لانه فسخ فلا بد من علم صاحبه كما في
سائر الفسوخ ولان الوكيل عامل لغيره فمتى كان عاملا لنفسه بطلت الوكالة
فلا يملكه الا باذن الموكل فان قلت ان الداين يجوز ان يوكل مديونه بابراء نفسه
عن الدين مع انه عامل لنفسه اجيب عنه بانه وان كان عاملا لنفسه
بابراء ذمته فهو عامل للموكل باسقاط دينه وشرط الوكالة كونه عاملا لغيره
لا كونه غير عامل لنفسه كذا في منية المفتي ومنه ظهر ضعف ما في الاشباه
الوكيل عامل لغيره فمتى كان عاملا لنفسه بطلت الا في مسئلة وهي ما اذا وكل
المديون بابراء نفسه فانه صحيح وان كان عاملا لنفسه ووجه الضعف ان ذلك
انتهى مر

المديون عامل لغيره ايضا كما عرفت فلا يستقيم الاستثناء وانما يستقيم ان لو لم يكن
عاملا لغيره تامل فاذا لم يجز شراؤه لنفسه فان شراه لنفسه في غيبة الموكل
وقع عن الموكل وان قال عند العقد اشتريته لنفسي الا اذا باشر العقد على وجه المخالفة
في قدر الثمن او جنسه عند تسمية الثمن او اشتراه بغير النقود عند عدم تسمية
الثمن او وكل رجلا اخر بشرائه فاشتراه وهو غايب ولم ياذنه الموكل فان في هذه
الوجوه يقع العقد عن الوكيل واشار بقوله لنفسه الى انه لا يشتريه لموكل اخر
بطريق الاولى حتى لو اشترى للثاني يكون للاول الا ان يقبل وكالة الثاني بحضرة
الاول فانه حينئذ يكون للثاني ان اشتراه للثاني وكذا يكون للثاني ايضا فيما اذا وكل الاول
بمائة درهم والثاني بالف درهم او بمائة دينار فاشتراه بالف درهم او بمائة دينار
لانه خالف الاول ووافق الثاني فيكون للثاني كذا في البحر واعلم انه لا بد ان يقيد
المسئلة بغيبة الموكل كما قيدنا في الوجه الثاني لان الموكل اذا كان حاضرا عند
العقد فللوكيل ان يشتريه لنفسه لان له عزل نفسه ولذا قال في البزازية
الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه وان قال عند العقد اشتريته لنفسي
الا اذا خالف في قدر الثمن او جنسه هذا اذا كان الموكل غائبا وان كان حاضرا
وصرح الوكيل انه يشتريه لنفسه صار مشتريا لنفسه انتهى واحترز بالشراء عن
النكاح فان الوكيل بنكاح امراة معينة يملك تزوجها لنفسه على ما صرح به في
البزازية بخلاف ما لو وكلت المراة رجلا بالتصرف في امورها فزوجها من نفسه
لا يجوز لانها لو وكلته بالنكاح لا يملك التزوج من نفسه فههنا اولى كذا في وكالة
النكاح من قاضيخان ثم قوله لا يملك شراءه لنفسه وان قال عند العقد اشتريته لنفسي
ليس على اطلاقه بل مقيد بقبول الوكالة بان يقول نعم مثلا عند قول الموكل اشتر لي
عبد فلان او جارية فلان لما ذكره في الخلاصة نقلا عن شركة الفتاوى رجل
قال لاخر اشتر لي جارية فلان فلم يقل المامور نعم او لا فذهب واشترى تلك الجارية
ان قال اشتريتها للاخر فهي للاخر وان قال اشتريتها لنفسي فهي له وان قال اشتريته
ولم يقل للاخر او لنفسي ثم قال اشتريتها لفلان قبل ان يهلك او يحدث بها عيب
فيصدق وان قال بعد الهلاك او حدوث العيب لا يصدق بلا تصديق الموكل انتهى

فعلم منه انه لو وكل بشراء شئ معين ولم يقل نعم وذهب واشترى ذلك الشئ لنفسه
وقال اشتريته لنفسي يقع عنه لا عن الموكل فظهر من هنا ان الوكيل بشراء شئ معين
اذا اشتراه لنفسه لا يكون له بل للموكل الا في مواضع منها اذا وكل غيره بدون
اذن الموكل فاشتراه الوكيل الثاني عند غيبة الوكيل الاول ومنها اذا خالف الموكل في
قدر الثمن ومنها اذا خالفه في جنسه ان يسمي الموكل الثمن ومنها اذا اشتراه بغير
النقود ان لم يسم الموكل الثمن بل اطلقه فانه ينصرف الى النقود في البلد ومنها
اذا اشتراه في حضرة الموكل وقال اشتريته لنفسي ومنها اذا قال الموكل اشتر لي
جارية فلان ولم يقل نعم وذهب واشتراها وقال اشتريتها لنفسي فان في هذه
المواضع الست يكون المشترى له لا للموكل وان كان وكيلا بشراء معين فاراد المص
ان يذكر بعضها هنا فقال فان اشتراه اي الشئ المعين الذي وكل بشرائه بخلاف جنس
ما سمي الموكل من الثمن هكذا قيده في المجمع والهداية بخلاف الجنس ولم يطلقه حتى
يشمل الخلاف في قدر الثمن وقد صرح في البزازية ان خلاف الوكيل في قدر الثمن
مثل خلافه في جنسه في بطلان الوكالة بسببه وقال في البحر ان ظاهر ما في
الهداية والمجمع ان الموكل اذا سمى له ثمنا فزاد عليه الوكيل او نقص عنه فانه يكون مخالفا
له وظاهر ما في الكافي للحاكم الشهيد انه يكون مخالفا فيما زاد عليه لا فيما نقص عنه
حتى لو اشترى بالزيادة على المسمى يكون للمامور ولو اشترى بالنقصان منه يكون
للامر انتهى وذكر في الخلاصة ان الوكيل اذا خالف امر الامر ان كان خلافا الى خير في
الجنس بان وكله ببيع عبده بالف درهم فباعه بالف ومائة ينفذ ولو وكله ببيع عبده
بالف درهم فباعه بمائة دينار لا ينفذ عليه وان كان خيرا انتهى فظهر منه ان الخلاف
الى زيادة او نقصان انما يظهر اثره فيما اتحد الجنس واما في خلاف الجنس فلا يبالي
الاعتبار ثم الى الخلاف الجنس حتى لا يجوز وان كان الى الخير اطلق الخلاف في جنس الثمن
فشملها اذا كان خلاف الجنس عرضا او نقدا بان امره بعرض فاشتراه بنقد او بالعكس
او بدنانير فاشتراه بدراهم لما في البزازية امره بان يشتري بعشرة دنانير فاشتراه
بمائتي دراهم وقيمة الدراهم مثل عشرة دراهم لزم الموكل خلافا لمحمد وزفر ولو بعرض قيمتها
مثل الدنانير لا يلزم الامر اجماعا انتهى فاطلاقه يشمل ما قال محمد وزفر وذكر في البحر

نقلا عن الواقعات الحسامية الوكيل بالشراء بالف درهم اشترى بمائة دينار او بعرض
لا يلزم الموكل انتهى فلم يفرق بين العرض والنقد في المخالفة كما هو مذهب محمد وزفر
وذكر فيه نقلا عن الواقعات ايضا قال الاسير لرجل اشترني بالف درهم فاشتراه بمائة
دينار او بعرض جاز وله ان يرجع على الاسير بالالف انتهى وذكر هكذا هذه المسئلة
في الاشباه واستثناها عن قولهم الوكيل اذا اشترى باكثر مما سماه الموكل من الثمن
نفذ عليه وهي الاسير اذا امر رجلا ان يفديه بالفا فنفد الفين يرجع عليه بالفين
واعلم كما ان الوكيل بشراء شئ معين اذا خالف الموكل في الثمن المسمى جنسا او قدرا ينفذ
عليه كذلك اذا خالف له في ذلك الشئ نفسه ينفذ عليه ولم يذكره المص لانه علم
بطريق الاولى وله فروع كثيرة في الفتاوى او بغير النقود عطف على قوله بخلاف
جنس ما سمي اي اشترى بغير النقود فيما لم يوجد تسمية الثمن من الموكل وقع العقد له
اي للوكيل في الصورتين لانه خالف الامر فينفذ عليه اما المخالفة في الصورة الاولى
فظاهرة واما في الثانية فلان المتعارف عند الاطلاق نقد البلد فينصرف اليه فصار
كانه امره بنقد البلد وكذا اي يقع للوكيل ان امر الوكيل غيره بشراء ما وكل به من المعين
ولم يقل له الموكل اعمل برايك اذ لو قال له ذلك فللوكيل ان يوكل ولم يكن مخالفا له بالتوكيل
فشراه ذلك الغير بغيبته اي بغيبة الوكيل لانه مامور بان يحضر رايه ولم يتحقق ذلك
في حال غيبته فكان مخالفا للامر فينفذ عليه وان شراه الوكيل الثاني بحضرته
اي بحضرة الموكل له الاول فللموكل لانه وجد راي الاول فلم يكن مخالفا له واعلم ان
الوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة
الاول او فعل ذلك اجنبي فبلغ الوكيل فاجازه جاز بخلاف الوكيل بالطلاق والعتاق
فان الوكيل الثاني اذا طلق او اعتق بحضرة الاول او فعل الاجنبي ذلك فبلغ الوكيل
لا يقع الطلاق والعتاق على ما في العناية نقلا عن الذخيرة والتتمة ثم بين الفرق
بان العمل بحقيقة الوكالة في الطلاق والعتاق متعذر لان التوكيل تفويض الراي
الى الغير ولا حاجة الى الراي فيهما اذا انفردوا عن مال فكان التوكيل فيهما مخالفا مجازا
عن الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل لا غير وتوكيل الاحرار والاجارة نفعل
الاخر ليس من النقل في شئ فلم يملكه الوكيل لكونه رسولا محضا فيهما بخلاف البيع والشراء

والنكاح والخلع والكتابة فانها تحتاج الى الرأى فيمكن العمل بحقيقة الوكالة فيجوز توكيل
الوكيل باخر او باجازته بفعله هكذا ذكره ولم يفرق بين البيع والنكاح والخلع والكتابة
والظاهر منه انه اتفاقى فى موضع فى البزازية الخلاف فيه حيث قال وكيل البيع اذا
لم يقل له اعمل برأيك فوكل اخر فتصرف الثانى بحضرة الاول جاز والعهدة على الوكيل
الثانى فى رواية العيون وعلى الوكيل الاول فى رواية العتابى وان باع الاول
بحضرة موكله فالعهدة على الوكيل وحضرة الموكل وغيبته سواء وان باع الثانى
بغيبة الاول ولم يكن قيل له اعمل برأيك ان اجازه الموكل جاز والا ان كان بين
الثمن جاز والا لا وفى الطلاق والعتاق والخلع والنكاح والكتابة كالبيع ان
اوجده الثانى بحضرة الاول او كان غائبا فاجازه لا يجوز وعن محمد ان النكاح
والخلع والكتابة كالبيع انتهى فعلم منه ان ما ذكر فى العناية ليس باتفاقى بل قول
محمد وفى توكيل شراء غير المعين هو اى المشترى للوكيل الا ان اضاف العقد الى
مال الموكل بان قال اشتريته بمال الموكل هكذا حله صاحب الهداية عبارة القدورى
بعرفه بالمراجعة اليه او اطلق عن الاضافة ونوى له اى للموكل توضيح هذه المسئلة
ان الوكيل بشراء غير المعين لا يخلو اما ان يضيف العقد الى مال الموكل او الى مال
نفسه او الى دراهم مطلقة فان كان الاول فالمشترى للموكل حملا بحال الوكيل على ما
يحل له شرعا اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وكذا
عرفا ايضا لكونه غصبا لدراهم الاخر وان كان الثانى كان للمامور حملا لفعله على ما يفعله
الناس عادة اذ العادة جرت بوقوع الشراء لصاحب الدراهم وان كان الثالث فاما
ان نواها للامر فهو للامر او لنفسه فهو لنفسه لان له ان يعمل لنفسه ولغيره فى
هذه الوكالة لكونها فى شئ غير معين وان اختلفا فقال الوكيل نويت لنفسى وقال
الموكل لا بل نويت لى حكم النقد بالاجماع فان نقد الثمن من مال الموكل فله وان نقد
من مال نفسه فلنفسه عملا بالظاهر لان الظاهر حمل حاله على ما يحل له شرعا وان توافقا
على انه لم يحضره النية وقت الشراء قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان يعمل كل احد
لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره بالاضافة الى ماله او بالنية له والفرض عدمه
وقال ابو يوسف يحكم النقد ايضا لان المطلق يحتمل ان يكون له ولغيره فيكون موقوفا

فمن

فمن اى مال نقد تعين به احد المحتملين فان قيل ان الاضافة الى اى مال كان انما تفيد
التعيين ان لو كان النقود تتعين بالتعيين فى العقود لكنها لا تتعين قلنا قد تقرر
فيما سبق انها تتعين فى الوكالات والمراد بالتعيين ههنا تعيين الوكالة وتقييدها
بها لا تعيين الشراء بها هذا والتوكيل بالاسلام على هذه الوجوه وفى البحر قول
ابى حنيفة ومحمد فيما ذكره العراقيون ومع ابى يوسف فيما ذكره غيرهم وهكذا ذكره فى
البزازية ايضا واشار باطلاقه الى ما فى البزازية من ان الوكيل بالشراء انفق
دراهم الموكل على نفسه ثم اشترى ما امر به بدراهم من عنده فالمشترى للوكيل
لا للامر فى المختار وفى الاصل اشترى بدنانير من عنده ثم نقد دنانير الموكل
فالشراء للوكيل ويضمن مال الموكل للتعدى ولو اشترى ما امر به وسلمه الى الموكل
ثم انفق دراهم الوكالة ونقد للبائع غيرها جاز وقال فى الاشباه الوكيل اذا
امسك مال الموكل ودفع مال نفسه فانه يكون متعديا الا فى مسائل الاولى
الوكيل بالانفاق على اهله الثانية الوكيل بالانفاق على بناء داره الثالثة الوكيل
بالشراء اذا امسك المدفوع ونقد من مال نفسه الرابعة الوكيل بقبض الدين
كذلك الخامسة الوكيل باعطاء الزكوة اذا امسكه وتصدق بما له ناويا الرجوع
اجزاه السادسة ابراء الوكيل بالبيع المشترى عن الثمن قبل قبضه وهبته صحيحة عند
ابى حنيفة انتهى وفى الخلاصة هكذا الوكيل ببيع الدنانير اذا امسك الدنانير وباع دنانيره
لا يصح ولو امره ان يقضى دينه بهذه الدنانير فقضى من مال نفسه وامسك الدنانير
جاز استحسانا وكذا لو امره ان ينفق هذه الدنانير بناء بيته فانفق من مال نفسه
جاز استحسانا ولو امره ان يتصدق بهذا الالف فتصدق بالف من ماله ان انفق
الوكيل الالف اولا على نفسه ثم تصدق بالف من ماله لا يجوز ويضمن الالف وان
كانت الدراهم عنده فيتصدق من عنده جاز استحسانا ولو امره بان يقبض من
فلان الف درهم له عليه ويتصدق بها عنده فتصدق المامور من ماله عن الامر
بمثل ذلك الالف ليرجع فى مال الامر اذا قبضه من الذى هو عليه جاز استحسانا
انتهى ويعتبر فى الصرف والسلم مفارقة الوكيل لا الموكل لان قبض بدل الصرف
وراس مال السلم فى المجلس شرط لصحة هذين العقدين ولا يستحق القبض الا العاقد

وهو الوكيل وان كان ممن لا تتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه فان قبضهما صحيح
وان لم تتوجه عليهما العهدة ولهذا اطلق المص ليشمله فاذا كان المعتبر مفارقة الوكيل
فاذا قبض الوكيل في المجلس بدل الصرف وراس مال السلم تم العقد لوجود الشرط
وان فارقه قبل القبض بطل العقد لفقد الشرط ومفارقة الموكل قبله غير معتبر
لانه ليس بعاقد بخلاف الرسول فيهما لان العاقد هو المرسل لا الرسول فالمعتبر
قبض المرسل لا الرسول قال في العناية نقلا عن شيخ الاسلام هذا اذا كان
الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا فيه فان الموكل حينئذ يصير كالعاقد
بنفسه فلا يعتبر مفارقة الوكيل هكذا ذكره في النهاية ايضا واستشكله في
الزيلعي بان الوكيل في باب البيع حضر الموكل اولا وايده بان اطلاقاتهم تدل على
ان مفارقة الموكل لا يعتبر اصلا ولو كان حاضرا ثم جواز الوكالة في الصرف
جار من الجانبين واما في السلم فانما يجوز من جانب رب السلم فقط بدفع راس
مال السلم وهو الثمن في عقد السلم واما من جانب المسلم اليه ماخذ مال السلم من
رب السلم فلا يجوز لان وكيل المسلم اليه اذا قبض راس المال يبقى المسلم فيه من الكيل
او الموزون دينا في ذمته وهو مبيع فيلزمه ان يبيع ماله بشرط ان يكون الثمن
لغيره وهو الموكل المسلم اليه وذلك لا يجوز كما اذا باع العين من ماله على ان يكون
الثمن للغير لان الثمن هو بدل ماله فيكون له لا لغيره واذا بطل التوكيل فيه كان
الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته وراس المال مملوك له واذا سلمه
الى الامر على وجه التمليك كان قرضا وكذا لا يجوز الرسالة من جانب المسلم اليه
كما لا تجوز الوكالة على ما بينه في العناية فان قيل قد تقرر ان كل عقد يملكه
الموكل بنفسه يجوز التوكيل به والمسلم اليه يملك قبول السلم بنفسه فينبغي ان يجوز
التوكيل به ايضا اجيب عنه بان الموكل اي المسلم اليه يملك قبول السلم بنفسه
لضرورة دفع حاجته والنص على خلاف القياس والثابت بالضرورة وبالنص
على خلاف القياس يقتصر على مورده ولا يتعداه ولو قال بعني هذا لزيد اي لاجل زيد
فباع ثم انكر كون زيد امره فلزيد اخذه ان لم يصدقه في انكاره لان قوله لفلان اقرار
منه بالوكالة عنه والاقرار بالشيء لا يبطل بالانكار اللاحق وانما يبطل بحكم القاضي

بخلافه بالبينة لانه يكون مكذبا شرعا فاذا لم يبطل اقراره يكون وكيلا عنه لان
احتمال قوله هذا الشفاعة له خلاف الظاهر فلا يصار اليه بلا صارف فيتعين الوكالة
فان صدقه لا ياخذه جبرا لان الاقرار السابق قد ارتد بتصديق انكاره ان ياخذه
منه بغير رضاه واذا لم ياخذه جبرا فان سلمه المشتري اليه اي الى زيد صح تسليمه
بيعا بالتعاطي لان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وقد مر
بيانه في اول كتاب البيع ومن وكل بشراء رطل لحم بدرهم فشرى رطلين بدرهم
مما يباع رطل بدرهم احترز به عما يباع رطلان بدرهم فانه يكون ما اشتراه
الوكيل من الرطلين بدرهم له بالاجماع لا للموكل لمخالفته الى شيء لزم موكله رطل بنصف
درهم عند ابي ح وعندهما يلزمه اي الموكل الرطلان بالدرهم لان الموكل امره
بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره رطل والوكيل لم يخالفه فيما امره وانما جاء
ظنه مخالفا للواقع وليس على الوكيل من ذلك شيء لا سيما اذا زاد خيرا ولابي ح
انه امره بشراء رطل دون زيادة وظن ان ذلك المقدار يساوي درهما وقد خالفه
فيما امره فينفذ العقد عليه في الزيادة وفي مقدار المامور به على الامر لانه اتيان
بالمامور به واعترض عليه بوجهين الاول انه ينبغي ان لا يلزم الامر شيء اصلا
من ذلك لان الرطل يثبت ضمنا للرطلين لا قصدا وقد وكله بشراء رطل قصدا
ومثل هذا لا يجوز على قول ابي ح كما اذا قال لرجل طلق امراتي واحدة فطلقها ثلثا
لا يقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به ولا يثبت
ما في ضمنه ايضا تبعا له والثاني اذا امره ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة
فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة قال ابو ح لا يجوز البيع
في كل واحد منهما للامر حتى لا يلزم للامر شيء منهما لعدم امكان الترجيح والمسئلة
كالمسئلة واجاب عن الاول الامام حميد الدين بان في مسئلة الطلاق
وقوع الواحدة ضمني وما هو كذلك لا يقع الا في ضمن ما تضمنه وما تضمنه لم يقع
لعدم الامر به فكذا ما في ضمنه واما فيما نحن فيه فكل قصدي لان اجزاء الثمن تتوزع
على اجزاء المبيع فلا يتحقق الضمني في الشراء واجاب عن الثاني صاحب النهاية بانه
يجعل اللحم من ذوات الامثال ولا تفاوت في قيمتها اذا كانت من جنس واحد وصفة

واحدة وكلامنا فيه وح كان للوكيل ان يجعل للموكل اى رطل شاء بخلاف الثوب
فانه من ذوات القيم فالثوبان وان تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالحزر
والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيثبت حقه مجهولا ولا ينفذ عليه هكذا ذكره
وقال في العناية وهذا لا يمشى الا على طريقة جعل اللحم مثليا وهو مختار صاحب
المحيط واما عند غيره فهو من القيمى فلا بد عندهم من تعليل آخر ولعل ذلك
ان يقال اللحم ايضا من ذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد
مفروض التساوى في القدر والقيمة وقد اختلط بعضه ببعض بخلاف الثوب
فان تطرق الخلل في احتمال التساوى عشرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورقعة
فلا يقاس عليه ما كان تطرق الخلل فيه قليلا هذا ولا يخفى عليك ان ما ذكر في
مسئلة الثوب الهروى فيما اذا كان الثوب غير معين واما اذا كان معينا والمسئلة
بحالها فيلزم الآمر بحصته من العشرة على ما صرح به في البزازية حيث قال
ولو امره بشراء ثوب هروى بعينه بعشرة فاشترى ثوبين هرويين بعشرة
لزمه ذلك الثوب المعين بحصته من العشرة وكذا لو امره بشراء كر حنطة بعينها
وعن ابى يوسف وكله بشراء لحم بدرهم فاشترى لحما مطبوخا او مشويا لا يلزم
الآمر الا ان يكون مسافرا نزل خانا ولحم طير ووحش جاز ان كان في بلد يباع
فيه ويشتريه الناس ولو وكله بشراء عبدين بعينهما ولم يسم ثمنا فاشترى احدهما
جاز لان التوكيل مطلق عن قيد شرائهما متفرقين او مجتمعين وقد لا يتفق الجمع بينهما
في الشراء فيجوز شراء احدهما الا فيما لا يتغابن الناس فيه فانه لا يجوز لان
التوكيل بالشراء لا يحتمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان اباح
يجوز البيع بغبن فاحش وكذا ان وكل بشرائهما بعينهما بالف وقيمتهما سواء فاشترى
احدهما بنصفه او باقل وان باكثر من النصف لا يلزم الآمر عند ابى ح بل ينفذ على
الوكيل لان الآمر قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم الالف بينهما نصفين دلالة
فكان امرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بذلك موافقة للآمر وباقل منها مخالفة
الى خير فجاز وبالزيادة مخالفة الى شر قليلة كانت الزيادة او كثيرة فلم يجز الا ان
يشترى الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما فانه يجوز ح استحسانا وقالا يجوز

ايضا

ايضا اى فيما اذا اشترى احدهما باكثر من نصف المسمى لكن مما يتغابن الناس فيه وقد
بقى من الالف المسمى ما يشترى بمثله الآخر لان التوكيل وان حصل مطلقا لكنه يتقيد
بالمتعارف وهو فيما يتغابن الناس فيه لكن لا بد ان يبقى من الالف ما يشترى به
الباقي فيحصل غرض الآمر فان اشترى الآخر بمثل ما بقى قبل الخصومة جاز اتفاقا في
الاستحسان لحصول غرض الآمر فان قال الوكيل لشراء عبد غير عين بالف اشتريته
بالف وقال الموكل بنصفه فان كان قد دفع اليه الالف صدق الوكيل ان ساوى
العبد المشترى الالف لانه امين وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعى
عليه ضمان النصف وهو ينكر والقول للمنكر وان كان العبد يساوى نصف الالف
فالقول للآمر لان الوكيل خالف الى شر حيث اشترى عبدا يساوى نصف الالف
والامر يتناول ما يساوى الالف فيضمن واعلم ان الوكيل يقبل قوله بيمينه في براءة
ذمته فيما يدعيه الا الوكيل بقبض الدين اذا ادعى بعد موت الموكل انه اشترى
لنفسه وكان للموكل نقد اليه الثمن والا فيما اذا قال بعد عزله بعته امس وكذبه
الموكل والا فيما اذا قال بعد موت الموكل بعته من فلان بالف درهم وقبضتها
وهلكت وكذبه الورثة في البيع فانه لا يصدق اذا كان المبيع قائما بعينه بخلاف
ما اذا كان هالكا كذا في وكالة الاشباه نقلا عن الولوالجية وهكذا ذكره في
المداينات ايضا وقال في العمادى ايضا ان قال الوكيل بقبض الدين كنت قبضت
في حيوة الموكل ودفعتها اليه لم يصدق على ذلك لانه اخبر عما لا يملك انشائه فكان
متهما في اقراره وقد انعزل بموت الموكل وهكذا ذكر في الفصولين ايضا ثم بحث
فيه وقال على قياس هذا ينبغى ان لا يصدق الوكيل بالقبض وديعة او عارية لو اقر
بعد موت موكله انى كنت قبضته في حيوته ودفعته اليه مع انه يصدق فيه
انتهى واجاب عنه في الاشباه ببيان الفرق بينهما بان الوكيل بقبض الدين يريد
ايجاب الضمان على الميت اذ الديون تقضى بامثالها بخلاف الوكيل بقبض العين فانه يريد
نفى الضمان عن نفسه وقال في التاتارخانية انه لم يصدق وان كان المقبوض من
الدين هالكا فرقوا بين هذا وبين الوكيل بقضاء الدين اذا قال بعد موت الموكل
كنت دفعت الدين الى الطالب قبل ان يموت الموكل والورثة قالوا دفعت بعد موت

ابينا والمال هالك فان هناك القول قول الوكيل واعلم ان قول صاحب الاشباه ان
الوكيل بقبض الدين اذا ادعى بعد موت الموكل انه كان قبضه في حيوته ودفعه
اليه فانه لا يقبل قوله الا ببينة ليس على اطلاقه بل هو في حق براءة ذمة المديون
لا في براءة ذمة نفسه لانه يقبل قوله بلا بينة مع يمينه في حق براءة نفسه
كما في حال حيوة الموكل واما المديون فلا يبرأ ذمته بقول الوكيل اخذت منه
ودفعته الى الموكل في حيوته بلا بينة على اخذه منه ودفعه اليه وللوارث
المؤاخذة له بالدين ما لم تقم البينة على الدفع وتفصيل هذا مذكور في شرحنا
على الاشباه في كتاب الوكالة فليراجع وان لم يكن دفعها اي الالف فان ساوى
العبد نصفها صدق الموكل لمخالفة الوكيل الى شر وهو يدعي على الموكل الزيادة والموكل
ينكرها والظاهر شاهد له وان ساواها اي ساوى العبد الالف تحالفا لانهما بمنزلة البائع
والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما على ما تقدم وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه
التحالف فاذا تحالفا فسخ العقد الحكمي والعبد للمامور فان قيل ان الوكيل اذا قبض
الثمن فوقع الاختلاف بينهما اعتبرت المخالفة والامانة كامر واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة
والمبادلة فما الحكمة في ذلك اجيب بان في الاول سبقت المبادلة والسبق
من اسباب الترجيح فاعتبرت فيه بخلاف الثاني وكذا اي القول للمامور مع التحالف
في التوكيل بشراء معين لم يسم له ثمنا فشراه واختلفا في الثمن ولا عبرة لتصديق
البائع المامور في الاظهر فلا يسقط اليمين عن المامور بتصديق البائع له وقال
الهندواني يسقط يعني رجل وكل رجلا بشراء هذا العبد ولم يسم ثمنا فقال المامور
اشتريته بالف وصدقه البائع وقال الامر لا بل بنصفه يكون القول للمامور مع التحالف
لانهما اختلفا في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما حكما فيكون
العبد للمامور وهذا معنى قولهم القول للمامور مع التحالف وقال ابو جعفر الهندواني
لا تحالف بينهما القول للوكيل لان تصديق البائع الوكيل رفع الخلاف بين الوكيل
والموكل واختلفوا في التصحيح صحح صاحب الهداية والكافي الاول وهو المروي
عن الامام ابي منصور وهو مختار المص وصحح الامام قاضيخان قول ابي جعفر اشار
بقوله لم يسم له ثمنا الى ان المسئلة فيما اذا اتفقا على عدم تسمية الثمن واما اذا اختلفا

يا فتاح

في تسميته فقال الامر امرتك بالشراء الى بخمسمائة وقال المامور امرتني بالف فالقول هنا
قول الامر مع يمينه لان ذلك يستفاد من جهته فكان القول قوله ويلزم العبد
المامور لمخالفته فان اقاما البينة فبينة الوكيل اولى لانها اكثر اثباتا فان قيل قد تقرر
في البحر وغيره انه لو دفع الى غيره مالا ليدفعه الى اخر فدفعه ثم اختلفا فقال
الامر انما امرتك بدفعه الى غيره وقال المامور امرتني بالدفع اليه فالقول قول
المامور ولا ضمان عليه لكونه امينا مع ان الامر مستفاد من جهة الامر فينبغي
ان يكون القول قوله كما في المسئلة السابقة على انه ليس كذلك اجيب عنه بان
الامر في المسئلة الاولى هو الدافع عن نفسه ضمان الزيادة وفي المسئلة
الثانية الدافع هو المامور ففي المسئلتين كان القول للدافع اذا اتقنت هذا
تعرف عدم صحة ما ذكره الزيلعي في هذه المسئلة حيث قال وهذا فيما اذا اتفقا
على انه امره بان يشتريه له بالف وهذا لان المسئلة في عدم تسمية الثمن
كما ترى فصل لا يصح عقد الوكيل بالبيع والشراء او بهما معا والمراد بالوكيل ههنا
هو الوكيل المطلق عن التقييد بعموم المشية لانه لو قال له بع ممن شئت فانه يجوز
بيعه منهم بمثل القيمة اتفاقا وعدم الصحة ههنا مقيد ايضا بما اذا لم يكن البيع منهم
باكثر من القيمة فان كان باكثر يجوز اتفاقا ايضا وان كان باقل بغبن فاحش
لا يجوز اتفاقا وان كان بغبن يسير لا يجوز عنده ويجوز عندهما وان كان
بمثل القيمة ففيه روايتان عن ابي ح كذا في البحر وهو المذكور في الذخيرة وذكر
في شرح الطحاوي ان بيع الوكيل وشراءه مع من ترد شهادته له بغبن يسير
غير جائز بالاتفاق مع من ترد شهادته له من ابيه وجده وولده وولد
ولده وزوجته وعبده ومكاتبه ومدبره وام ولده وفي القنية الوكيل
بالبيع يبيع ممن احب الا من ثمانية نفر اربعة بالاتفاق عبده المأذون ومكاتبه
وولده الصغير وولد مكاتبه واربعة عند ابي ح خلافا لهما ولده الكبير وولد
ولده الكبيرة ووالده وزوجته وكذا زوجها ان كان الوكيل امرأة فلا يجوز
بمثل القيمة الا في العبد الذي لا دين عليه اذ لو كان مديونا يجوز على ما في
البحر عن المبسوط والمعراج والكافي بناشا وبمثل القيمة الى انه لا يجوز بغبن يسير

بالاتفاق كما في الغبن الفاحش وهو المذكور في شرح الطحاوى والمذكور في الذخيرة
انه يجوز باليسير على ما ذكرناه من قبل والحاصل ان عقد الوكيل بالبيع والشراء
مع من ترد شهادته له ان كان باكثر من القيمة في البيع وباقل منها في الشراء جائز
بلا خلاف وعكسه غير جائز بالاخلاف وبغبن يسير غير جائز في رواية شرح
الطحاوى وجائز في رواية الذخيرة عندهما وكذا جائز عندهما بمثل القيمة وهو
رواية عن ابي ح وغير جائز عنده في رواية لحزى لهما في الخلافية ان الوكيل
مطلق عن التقييد بشخص والمطلق يعمل باطلاقه ما لم يمنع مانع والمانع ههنا وهو
التهمة منتف لتباين الاملاك وانقطاع المنافع بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لانه
ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب حتى لا يصح تبرعاته وانه
ينقلب حقيقة الرق بالعجز فصار كالعبد ولابي ح ان التوكيل وان كان مطلقا لكن
مواضع التهمة مستثناة من الوكالات والتهمة موجودة ههنا بدليل عدم قبول
شهادته ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة
ايثار العين والاجارة والصرف والسلم على هذا الخلاف كذا في العناية وقال
في النهاية بيع المضارب وشراؤه ممن لا يقبل شهادته له على هذا التفصيل المذكور
الا انه اذا كان بمثل القيمة يجوز ههنا باتفاق الروايات وقال في البزازية بيع الوكيل
ممن لا يقبل شهادته باكثر من قيمته يجوز وبالمثل لا يجوز وفي رواية المضارب
يجوز بالمثل والخلاف في الغبن اليسير والمضارب في هذا كالوكيل الخاص عند الامام
لا يجوز بالغبن اليسير وبمثل القيمة يجوز في الروايات كلها فابو ح فرق بين الوكيل
الخاص والمضارب على رواية الوكالة واعلم انه ينبغي ان يعلم ههنا من يعفى منه الغبن
الفاحش ومن لا يعفى فقال في البزازية ان من المتصرفين من يعفى منه اليسير لا الفاحش
كالاب والوصي والجد في مال الصغير والمتولى في الوقف ومنهم من يعفى اليسير
اجماعا وفي الفاحش خلاف كالمكاتب والمأذون يعفى الفاحش عنده خلافا لهما البيع
والشراء فيه سواء ومنهم من لا يعفى الفاحش في الشراء اجماعا ويعفى في بيعه عنده
خلافا لهما كالمضارب وشريك العنان والمفاوض والوكيل بالبيع المطلق ومنهم من
لا يعفى اليسير ايضا كالمريض في مرض الموت عليه دين مستغرق لا يعفى عنه اليسير

ويعفى اليسير عن وصيته اذا باع بتركته لقضاء دينه وكذا اذا باع من وارثه عنه من
يجوز البيع منه بمثل القيمة بغبن يسير لا يجوز الى ان يبلغ التمام وعنده بالتمام وبالزائد
ايضا لا بلا لجازة الورثة وان باع المضارب او الوصي ممن لا يقبل شهادته له
لا يعفى اليسير ايضا انتهى وفي العمادية نقلا عن فوائد صاحب المحيط قيم الوقف
اذا باع الوقف ممن لا يقبل به له لا يجوز عند ابي ح وكذا اذا اجره وكذا الوصي
وقيل يجوز في الوصي انتهى واشار المص الى ان بيع الوكيل من نفسه لا يجوز بطريق
اولى لان الواحد لا يكون بايعا ومشتريا فيه بيعه من غيره ثم يشتريه منه كذا
في البزازية ثم قال فيها وان امره الموكل ان يبيعه من نفسه او اولاده الصغار
او ممن لا تقبل له شهادته فباع منهم جاز وبيعه من اب الموكل او ابنه او مكاتبه او
عبده المديون او وكيل العبد باعه من مولاه جاز انتهى والى هذا اشار المص بقوله
والوكيل بالبيع يجوز بما قل او كثر وان كان مما لا يتغابن الناس فيه الا في الصرف
لما في الخلاصة الوكيل ببيع الدينار بالدراهم اذا باع بما لا يتغابن الناس فيه
بمثله لا يجوز بالاجماع وهكذا في البزازية ايضا وبالعرض هذا عند ابي ح وقالا
لا يجوز الا بمثل القيمة لا بما قل او كثر وبالنقود لا بالعرض لان الامر المطلق يتقيد
بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن
المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد والجمد بايام الصيف
والاضحية بايام النحر او قبلها من تلك السنة حتى لو اشتراها في السنة الآتية
لا يلزم الآمر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه حتى لو حصل من
المريض يعتبر من الثلث والاب والوصي لا يملكانه وكذا المقايضة بيع من وجه
وشراء من وجه فلا يتناوله مطلقا اسم البيع لان المطلق ينصرف الى الكامل ولابي ح
ان التوكيل بالبيع مطلق فيجرى على اطلاقه في غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق
عليه اسم البيع والبيع بالغبن او بالعرض متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن للتجارة
رابحة او لغيرها وعند ذلك لا يبالى بقلة الثمن وكثرته فكان العرف مشتركا
لا يصلح دليلا لاحد الخصمين ومسائل الفحم والجمد والاضحية مطلقة عند ابي ح
وانما رويت على الوجه المقيد عن ابي يوسف والبيع بالغبن او العرض بيع من كل وجه عنده

حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به فان قيل انه لو كان بيعا من كل وجه لكان يملكه الاب
والوصي قلنا ان كلامنا في الامر المطلق بالبيع وهما ليسا بمامورين ولو سلم لكن ليس
امرهما مطلقا بل مقيد بشرط النظر ولا نظر فيه ولا نم ان المقايضة بيع من وجه شراء
من وجه بل هو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل منهما فيه وهو مبادلة
مال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب ويجوز بيعه اي الوكيل بالبيع بالنسيئة
اي اجل كان متعارفا عند التجار في تلك السلعة او كان غير متعارف فيها كالبيع الى
خمسين سنة هذا عند الح وعندهما يتقيد باجل متعارف ووجه الطرفين ما ذكرناه
من قبل وقال في البزازية وللوكيل بالبيع ان يبيع بالنسيئة ويأخذ رهنا وكفيلا
ثم قال فيها نقلا عن المنتقى عن ابي يوسف ان الوكيل انما يملك البيع نسيئة اذا كانت الوكالة
للتجارة اما اذا كانت للحاجة كالمراة تعطي غزلها للبيع لم يملك البيع نسيئة وبه يفتى
فان تقييد المطلق بدلالة الحاجة امر شايع فاش ومن جوز النسيئة انما يجوزه
بالاجل المتعارف فان طول الاجل لا يجوز وقيل يجوز عنده وان طالت المدة
وعندهما الا باجل متعارف في تلك السلعة ثم قال فيها نقلا عن العيون قال بعه
بالنقد فباعه بنسيئة جاز قال لا تبع الا بالنقد فباع بالنسيئة لا يجوز قال بعه
بالنسيئة بالف فباعه بالف نقدا صح لحصول الغرض وباقل من الف لا يجوز انتهى
فاطلاق المص يشمل ما كان باخذ الرهن والكفيل وما لم يكن كذلك لكنه لا بد من تقييده
بالتجارة احترازا عما يكون للحاجة ويشمل ايضا ما كان يقيد بالنقد وما لم يقيد به فان
تقييده بالنقد لا ينافي البيع نسيئة ما لم يقل لا تبع الا بالنقد لما نرى في العيون
لكنه قال في الكافي الوكيل بمطلق البيع يملك النسيئة عندنا خلافا للشافعي فيه لفظ
منه انه لو قيد البيع بالنقد لا يملك البيع بالنسيئة وفي الزيلعي لو قال بعه واقض ديني
او للنفقة او نحو ذلك وباعه بالنسيئة لا يجوز انتهى وهذا بناء على عدم كونه للتجارة
بل للحاجة ويجوز بيع نصف ما وكل ببيعه وهذا عند الح وقالا لا يجوز الا ان يبيع
الباقي قبل الخصومة عليهما سياتي ويجوز اخذه اي الوكيل بالبيع بالثمن كفيلا او رهنا
لان استيفاء الثمن الى الوكيل فيملك اخذهما توثقا للثمن فلا يضمن الوكيل ان توى ما على
الكفيل من الثمن وذلك بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسا او دفع الحادثة الى قاض

يرى

يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فحكم ببراءة الاصيل ثم مات الكفيل
مفلسا او ضاع الرهن في يده لان المرء لا يؤاخذ بفعل ما يملك ان يفعله شرعا ولو امره
ان يبيع برهن او كفيل ثقة فباعه بدونهما لا يجوز ولو اختلفا في اشتراطه فالقول
للموكل كما لو قال امرتك بغير هذا الثمن فالقول له كذا في البزازية ولو وهب الوكيل
بالبيع الثمن من المشتري او ابراه منه او حط بعيب او بغير عيب كذا في قاضيخان
منه جاز عند الح ومحمد لكونه عاقدا او يضمن للموكل لكونه مخالفا لامره وعند ابي يوسف
لا يجوز لعدم اذنه وهذا الخلاف قبل قبض الثمن واما بعد قبضه فلا يجوز بالاتفاق
لما في البزازية ولو ابرأ الوكيل المشتري عن الثمن صح عندهما قبل قبض الثمن وضمن
وبعد قبضه لا يملك الحط والابراء والاقالة وكذا في قاضيخان وقال
في الخلاصة والبزازية ثقة الوكيل قبض الثمن ثم وهبا وحط ان اضاف الى المقبوض
بان قال وهبت منك هذا الثمن لا يصح اجماعا وان اطلق بان قال وهبت منك ثمن هذا
العبد صح كما لو كان قبل قبض الثمن انتهى وكذا الخلاف لو اجله اي لو باع الوكيل نقدا
ثم اجل الثمن صح عندهما ويضمن عند ابي يوسف عليهما في شرح النقاية للقهستاني
وليس محل الخلاف بيع الوكيل بالنسيئة ابتداء لان ذكره قد تقدم قال في قاضيخان
تاجيل الوكيل بالبيع الثمن لم يذكر في الاصل واختلف فيه قيل انه يجوز في قول
ابي يوسف ايضا كما لو باع بثمن مؤجل ابتداء وقيل انه لا يجوز عنده لان من اصل ابي
يوسف ان كل تصرف يصير به الوكيل ضامنا في قول الح ومحمد فهو لا ينفذ في قول
ابي يوسف او قبل بحوالة يعني باع الوكيل ما وكل ببيعه واحاله المشتري بالثمن على
الغير وقبل الوكيل الحوالة يجوز عندهما لا عند ابي يوسف فللموكل ان يضمن الثمن من
الوكيل على قولهما وليس له ذلك على قول ابي يوسف لعدم براءة المشتري عن الثمن عنده
وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن الموكل قال للوكيل ما صنعت من شيء فهو جائز ونحوه
فان كان قال له ذلك فللوكيل ان يحتال بالثمن عند الكل كذا في قاضيخان وهل
للوكيل هبة الثمن للمشتري وحطه وابراؤه واقالته بعد ما قبل بحوالة كما ليس له ذلك
بعد قبض الثمن قلت لا لما في البزازية وبعد ما قبل بالثمن حوالة لا يصح كل من الحط
والابراء والاقالة كما لا يصح بعد الاستيفاء وهل للوكيل حوالة موكله على مشتريه

بالثمن كان للمشتري حوالة الوكيل على الغير بالثمن ففي البزازية وان احال الوكيل البايع
موكله على مشتريه بالثمن جاز ويكون هذا وكالة لا حوالة لانه ليس للموكل شيء على وكيله
حتى يكون حوالة وهل للمشتري حوالة الموكل على وكيله بالثمن ففي البزازية ايضا الوكيل
البايع لو احيل الثمن عليه بان احال المشتري الموكل على الوكيل بشرط براءة المشتري
فالحوالة باطلة ولا يبرأ المشتري ولو اقاله اي اقال البيع يعني الوكيل بالبيع لان الوكيل
بالشراء لا يملك الاقالة على ما صرح به في الخلاصة والبزازية صح الاقالة ان
لم يقبض الثمن من المشتري او لم يحل رجلا على قبضه والا فلا يصح اقالته لما في الخلاصة
والوكيل بالبيع لو احال رجلا على المشتري ليأخذ الثمن ثم اقال لا يصح كما اذا استوفى
الثمن لكن هذا اذا كان للمحتال على الوكيل المحيل دين فيصير قاضيا دين نفسه فيضمن
للموكل واما اذا لم يكن عليه دين فهو وكالة في القبض فلا يمنع صحة الاقالة انتهى فعلم
منه ان الوكيل بالبيع لو احال موكله على المشتري بالثمن ثم اقال قبل قبضه صحت
الاقالة بخلاف ما لو احال غيره ممن له دين عليه ثم اقال لا يصح وسقط الثمن عن المشتري
لان العقد قد انفسخ بالاقالة فلم يبق في ذمة المشتري شيء واشار بلفظ السقوط
الى ما ذكرناه من ان الاقالة انما تصح قبل قبض الثمن لا بعد ولزم الثمن الوكيل يعني يضمنه
للموكل وعند ابي يوسف لا يسقط الثمن عن المشتري لان الوكيل صار مشتريا لنفسه
بالاقالة على ما هو الاصل عنده في الاقالة فيكون الثمن متقررا في ذمة المشتري
لكون المبيع ملكه بالاقالة وهل يصح اقالة الوكيل بالسلم ففي قاضيخان والوكيل
بالسلم والوصي والاب والمتولي كالوكيل بالبيع انتهى وهل يصح اقالة الموكل في السلم
ففي الخلاصة والبزازية ولو اقال الموكل السلم صح واما الوكيل بالاجارة اذا فسخ العقد
فهل يصح فسخه ففي البزازية والوكيل بالاجارة اذا فسخ العقد صح بعد الاجارة لا بعد
مضي المدة وبعد قبض الاجرة دينا كانت الاجرة او عينا ولو ناقض وكيل المستاجر
رب الارض والارض في يد الموجر جاز وان كان في يد الوكيل والموكل لا يجوز
استحسانا كما في الوكيل بالاجارة انتهى وهل يصح ابراء الوكيل بالاجارة المستاجر
ففي قاضيخان والوكيل بالاجارة اذا ابرأ المستاجر عن الاجرة او وهبها منه ان ابرأه
عن البعض او وهب له البعض والاجرة دين جاز اجماعا وان ابرأه عن الكل او وهب الكل

ان

ان كانت الاجرة دينا لا يصح في قول ابي يوسف الاخر وفي قوله الاول وهو قول
ابي حنيفة ومحمد يصح اعتبارا لفعل الوكيل بفعل الموكل ولا تبطل الاجارة وان كانت الاجرة
عينا لا يصح حتى يقبل المستاجر واذا قبل بطلت الاجارة لان الاجرة بمنزلة المبيع والمشتري
اذا وهب المبيع من البايع قبل القبض لا يصح ما لم يقبل البايع واذا قبل بطل البيع انتهى
والوكيل بالشراء يجوز شراؤه بمثل وبزيادة يتغابن فيها عادة لعدم تحقق التهمة فيه قيل
هذا اذا لم يكن له سعر معروف واما اذا كان له سعر معروف كالخبز واللحم والعنب
ونحوها لا يعفى فيه الغبن اليسير وان قل ولو فلسا واحدا وقيل لا يتحمل فيه الغبن
اليسير مطلقا ثم بين معنى الغبن اليسير وقال وهو ما يقوم به مقوم اي يدخل تحت
تقويم المقومين فما لا يدخل تحت التقويم فهو فاحش فلو اشترى الوكيل بالشراء شيئا
بعشرة فامتنع الموكل من اخذه لكونه غالبا عنده فعرض المشتري على المقومين فقوم
بعض بتسعة وبعض بعشرة فهو داخل تحت التقويم فيكون الغبن يسيرا فيلزم الموكل
وان لم يقوم واحد اصلا بعشرة يكون فاحشا لعدم دخوله تحت التقويم فيلزم الوكيل
وقال في العناية نقلا عن شيخ الاسلام هذا التحديد لليسير فيما لم يكن له قيمة معلومة
في البلد كالعبيد والدواب واما ما له قيمة معلومة كالخبز واللحم وغيرهما فاشتراه
الوكيل بالشراء بالزيادة لا ينفذ على الموكل وان قلت الزيادة كالفلس مثلا لان
هذا مما لا يدخل تحت التقويم اذ الداخل تحته ما يحتاج فيه الى التقويم ولا حاجة
ههنا للعلم به فلا يدخل تحته وقدر على صيغة المجهول اي قدر بعضهم الغبن اليسير
في العروض ده نيم اي نصف عشر القيمة وفي الحيوان ده يازده عشر القيمة
وفي العقار ده دوازده خمس القيمة فان كانت الزيادة الى هذا المبلغ كان يسيرا
لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة وقوع التجارات
وكثرتها ووقوعها في القسم الاول كثير وفي الاخير قليل وفي الاوسط متوسط
وعشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعل اصلا والدرهم مال يحبس لاجله
فقد لا يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيرا والنصف من النصفة
فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الواقع فما كان اقل وقوعا منه اعتبر ضعفه
وما كان اقل من الاقل اعتبر ضعف ضعفه لا بما اي لا يجوز بزيادة لا يتغابن بها

لان التهمة تتحقق ولعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه او وجده خاسر الحقه بغيره حتى
لو كان وكيلا لشراء شئ بعينه فاشتراه بغبن فاحش نفذ على الموكل عند عامة المشايخ
لعدم تحقق التهمة فيه لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه وهو الصحيح وكذا الوكيل بالنكاح اذا
زوج موكله امراة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لعدم تحقق التهمة فيه ايضا لانه لا بد
له من الاضافة الى الموكل في العقد وفي البزازية وكله ان يبيع عبده بالف
وقيمته كذلك ثم زادت قيمته الى الفين لا يملك بيعه بالف انتهى ولو وكل ببيع عبد
فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لان التوكيل به ينصرف الى المتعارف
وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان باع الباقي قبل الخصومة
لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى امتثال الامر بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى
التفريق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة الى الامتثال
وان لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز ولابي حنيفة ان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق
والاجتماع والكل والبعض فيجري على اطلاقه الا يرى انه لو باع الكل بثمن النصف جاز عنده
واذا باع النصف به كان اولى وهو استحسان عندهما ووجهه ما ذكرناه والقياس
قول ابي حنيفة هكذا ذكره في الهداية والذي ظهر منه ترجيح قول الامامين وان وكل بشراء
عبد واشترى نصفه لا يلزم الموكل الا ان يشتري باقيه قبل الخصومة اتفاقا اما
من قبل وجه الامامين والفرق لابي حنيفة بينها وبين ما مر من مسئلة الوكيل بالبيع ان التهمة
في الشراء متحققة على ما ذكرناه وفيما نتغابن فيها غير متحققة في البيع لان الامر بالبيع
يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه الاطلاق فيملك بيع كله او نصفه واما الامر بالشراء
فانه يصادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر التقييد والاطلاق بل يعتبر فيه العرف والعرف
لشراء الكل فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا يصح التوكيل بالشراء لمصادفته ملك الغير
قلنا القياس هكذا لكنا جوزناه استحسانا لحديث الاضحية على ما رويناه ولو رد البيع
على الوكيل بالبيع بعيب بقضاء رده على امره مطلقا اي سواء كان القضاء ببينة المشتري
او بنكول الوكيل عن اليمين او باقراره فيما لا يحدث مثله مطلقا كالاصبع الزائدة او في هذه
المدة من الامراض وكذا اي يرده على الامر فيما يحدث مثله ان رد على الوكيل ببينة او نكول
وان باقرار فلا يملك الرد على الموكل ولزم المردود بالاقرار الوكيل امر رجلا ببيع عبده

فباعه

فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري على الوكيل بعيب فاما ان رده بقضاء او
بغير قضاء فان كان الاول فلا يخلو اما بعيب يحدث مثله اولا والثاني اما ان يكون
العيب ظاهرا والقاضي عاين البيع اولا والثاني لا يحتاج الى حجة من بينة او نكول او اقرار
لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البايع وعاين البيع فيعلم التاريخ والعيب
ظاهر فلا يحتاج للرد الى شئ من تلك الحجج والاول فلا بد فيه من تلك الحجج لا للقضاء بل لانه
اذا لم يعاين البيع قد يشتبه عليه تاريخه فيحتاج اليها لظهوره وقد لا يكون العيب
ظاهرا كالقرن في الفرج فيحتاج النساء في توجه الخصومة والرد لا يثبت بقول
النساء وكذا بقول الطبيب فيحتاج الى الحجة وفي هاتين الصورتين الرد على الوكيل رد
على الموكل فلا يحتاج الى رد وخصومة لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي والاول
اعني ما يكون بعيب يحدث مثله فان رده ببينة او بنكول يمين فكذلك لان البينة حجة
متعدية والوكيل النكول مضطر لبعد العيب عن علمه لعدم ممارسته المبيع فلزم الامر
وان رده باقرار لزم الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لانه امكنه
السكوت او الانكار حتى يعرض عليه اليمين ويقضي بالنكول لكن له ان يخاصم الموكل
فيلزم ببينة او بنكول الموكل وان كان الثاني اعني ما يكون بغير قضاء فاما ان يكون
بعيب يحدث مثله او لا فان كان الاول وكان رده باقرار لزم الوكيل وليس له
ان يخاصم الموكل وان كان الثاني وكان الرد باقراره لزم الموكل بغير خصومة في
رواية بيوع الاصل لان الرد متعين وفي عامة الزيادات لا يلزم الموكل وليس
للوكيل ان يخاصم وفي الخلاصة والصحيح رواية العامة والرد بالبينة او النكول في
صورة عدم القضاء غير متصور كذا في الهداية والعناية وهكذا ذكره في بيوع
الخلاصة ثم قالوا اما الوكيل بالشراء فله ان يرده بالعيب قبل ان يدفعه الى الامر
استحسانا كالمضارب ولو ادعى البايع رضاء الامر لا يمين على الامر لانه ما جرى بينهما
عقد ولا يحلف الوكيل لانه يدعي رضاء الغير ولو اقام البينة على رضاء الامر بطل الرد
ولو اقر الوكيل برضاء الامر جاز اقراره في حقه ولزمه المشتري الا ان يرضى الامر
بقوله او يقيم هو البينة على رضاء الامر الموكل اذا وجد بالمشتري عيبا بعد ما مات
الوكيل بالشراء فالموكل يرد بالعيب انتهى ولو باع الوكيل بالبيع نسيئة باجل متعارف

اوغير متعارف وقال الموكل امرتك بالنقد وقال الوكيل بل اطلقت الامر صدق الموكل
فينفذ البيع على الوكيل لان الامر يستفاد من جهة الموكل فيكون اعلم بما قاله فيعتبر الا اذا
كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس بموجود لان مبنى عقد الوكالة على التقييد حتى
يثبت العقد ما لم ينقل وكلتك ببيع هذا الشيء ولو قال وكلتك بالحو ونحوه يحمل على الحفظ
قال في وكالة البزازية وجملة الامر ههنا ان كل ما قيد به الموكل لا يخلو اما ان يكون
القيد مفيدا من كل وجه او غير مفيد اصلا او مقيدا من وجه غير مفيد من وجه
فان كان مفيدا من كل وجه يلزم رعايته اكده بالنفي او لم يؤكده كبيعه بخيار فباعه
بدونه لا يصح وان كان غير مفيد اصلا لا يلزم رعايته كبيعه بالنسيئة فباعه بنقد
يجوز وان كان مفيدا من وجه دون وجه يجب رعايته ان اكده بالنفي وان لم يؤكده
بل لا يجب مثاله لا تبعه الا في سوق كذا يجب رعايته بخلاف قوله بعه بسوق كذا
فباعه في غيره يجوز كما في الوديعة فانه لو قال لا تحفظ الا في هذا البيت يلزم
الرعاية وان قال احفظه في هذا البيت لا يلزم الرعاية وان عين صندوقا لا يلزم
الرعاية وان اكده بالنفي لعدم كونه مفيدا اصلا والتقييد بالرهن والكفالة مفيد
من كل وجه كالبيع بالخيار فلا يجوز خلافه حتى لو قال الموكل بعه برهن او قال بعه
بكفيل فباعه بلا رهن وكفيل لا يجوز اكده بالنفي او لا والاشهاد من وجه دون
وجه فانه يفيد عند حضور الشهود وكانوا عدولا وغير مفيد عند غيبته وفسقه
فاذا اكده بالنفي يلزم رعايته بان قال لا تبعه الا عند الشهود وان لم يؤكده بالنفي
لا يلزم رعايته وان قال بعه نسيئة من فلان فباعه باجل من غيره لا يجوز لان
التقييد مفيد من كل وجه لان الذمم متفاوتة كذا في البزازية وفي قاضيخان لو قال
بعه من فلان فباعه من غيره لا يجوز وفي الخلاصة لو قال بعه بالنقد فباعه بالنقد
والنسيئة يجوز ولو قال لا تبعه الا بالنقد فباعه بالنسيئة لا يجوز ولو قال بعه
بالف نسيئة فباعه بالنقد بالف يجوز لانه خلاف الى خير وان باعه باقل من الف
لا يجوز لكونه خلافا الى شر ثم قال فيها الوكيل اذا خالف امر الامر ان كان خلافا الى خير
في الجنس بان وكله ببيع عبده بالف درهم فباعه بالف ومائة نقد ولو وكله ببيع
عبده بالف درهم فباعه بمائة دينار لا ينفذ عليه وان كان خيرا للاختلاف في الجنس

وفي قاضيخان الوكيل بالبيع نسيئة لو باع نقدا اختلفوا فيه قال محمد بن الفضل ان باعه
نقدا بما يباع بالنسيئة جاز وان باع بالنقد باقل مما يباع نسيئة لا يجوز وقال غيره
يجوز مطلقا لان العاجل خير من الآجل وقال في الخلاصة لو قال له بعه الى اجل
فباعه بالنقد قال الامام السرخسي الاصح انه لا يجوز بالاجماع انتهى وفي المضاربة
المضارب اي لو اختلف المضارب ورب المال في الاطلاق والتقييد صدق المضارب
لان الامر وان كان مستفادا من جهة رب المال الا ان في العقد ما يخالف دعواه
لان الاصل في المضاربة العموم والاطلاق حتى ان المضارب يملك التصرف بذكر
لفظ المضاربة بخلاف ما اذا اختلفا في النوع بان ادعى رب المال المضاربة في
نوع والمضارب في نوع اخر فان القول يكون لرب المال لا المضارب لانه سقط
الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة وفيها القول للامر كما ترى آنفا اعلم ان
الوكيل مع الموكل اذا اختلفا ولم يكن لاحدهما بينة فالقول لمن وفيه تفصيل ولنذكر
بعضا منه لو اختلفا فقال الموكل امرتك ان تبيع بالنقد فبعته بالنسيئة وقال الوكيل
لا بل اطلقته فالقول للموكل على ما تقدم ولو قال الموكل اشتريتها بخمسمائة وقال الوكيل
لا بل اشتريتها بالف فان كان الموكل قد دفع الى الوكيل الفا فالقول للوكيل ان لم يكذبه
الظاهر بان كانت الجارية تساوي الالف وان كذبه الظاهر بان كان قيمة الجارية خمسمائة
فالقول للموكل وكذا القول للموكل ان لم يكن دفع الالف الى الوكيل كذا في الخانية ولو قال
الموكل امرتك ان تبيع بالف درهم وقال الوكيل لا بل اطلقت فالقول للموكل ولو قال
الموكل امرتك بالشراء بخمسمائة وقد اشتريتها بالف وقال الوكيل لا بل امرتني بالف
وقد اشتريتها بالف كما امرتني فالقول قول الموكل ولو وكله بشراء معين ولم يسم له
ثمنا فاشتراه فقال الوكيل اشتريته بالف وصدقه البائع وكذبه الموكل وقال بل
اشتريته بخمسمائة قال الشيخ ابو منصور يتحالفان وقال ابو جعفر الهندواني لا يتحالفان
ومختار المص هو الاول وهو الاصح على ما تقدم في اخر باب الوكالة بالبيع والشراء
وقد تقدم في هذا الباب ايضا ان الوكيل اذا قال اشتريته لك فمات عندي
وقال الموكل بل اشتريته لنفسك فالقول للموكل ان لم يكن يدفع الثمن والا فللوكيل على ما
فصلناه ثم ولو قال الموكل امرتك ان تبيع على انه بالخيار فيه وقال المامور لم تامرني

بذلك فالقول قول المامور وكذا لو قال الامر امرتك ان تبيع بيعا فاسدا وقال المامور بل امرتني
بيعا صحيحا فالقول قول المامور كذا عن محمد وفي الخانية الوكيل بشراء الغلام اذا قال
اشتريت وقضيت الثمن من مالي وقال الموكل بل اديت اليك الدراهم فالقول قول الوكيل
وفي فتاوى ابي الليث وكل رجلا ان يشتري له اخاه فاشتراه الوكيل وجاء به فقال
الموكل هذا ليس باخي وقال الوكيل بل هو اخوك فالقول قول الموكل مع يمينه ويلزم العبد
الوكيل ويعتق عليه باقراره وفي المنتقى عن محمد امر رجلا ببيع داره فقال المامور
بعتها بكذا وقبضت الثمن وضاع فان كان الامر دفع الدار الى المامور وقال الامر للمامور
لم تقبض الثمن من المشتري فالقول قول المامور وان لم يكن دفع الدار اليه فالقول
قول الامر وعن ابي يوسف مثل هذا في العبد ايضا وفي الخلاصة والبزازية لو اختلف
الوكيل مع الموكل في اشتراط الرهن والكفالة في البيع فالقول قول الموكل وكذا
لو قال الموكل امرتك بغير هذا الثمن فالقول له وفي الحاوي وكل رجلا بان يكاتب
عبده ويقبض بدل الكتابة ثم اختلفا فالقول قول الوكيل في الكتابة لا في قبض
بدل الكتابة بل القول فيه للموكل وذكر في البحر لو اختلف الوكيل مع الموكل في التقييد
والاطلاق بان ادعى الموكل التقييد والتعيين وادعى الوكيل الاطلاق فالقول قول الموكل
بان قال الموكل امرتك بالف او بدينار او بحنطة او شعير او بنقد وفعلت خلافه وقال
الوكيل بل اطلقت وكذا الحال في النكاح والكتابة والاجارة والعتق على مال وكذا
لو قال امرتك ببيع برهن او كفيل وقال الوكيل بل اطلقت ولا يصح تصرف احد الوكيلين
وحده فيما وكل به يعني لو وكل وكيلين بكلام واحد فيما يحتاج فيه الى الراي كالبيع والشراء
والخلع والكتابة والتزويج والطلاق بمال والعتق بمال بان قال وكلتكما ببيع كذا او
بخلع كذا او بكتابة عبدي ببدل كذا او بتزويج امراة بمهر كذا فباع احدهما او كاتب
او خلع او زوج لا ينفذ بل يتوقف على اجازة الموكل والوكيل الاخر سواء كان المال
مسمى او لا لان تسمية الموكل المال لا يمنع احتمال ان يزيد احدهما في المال او ينقص القصور
رايه بخلاف ما اذا اجتمع رايهما حيث ينقطع ذلك الاحتمال عند اجتماع رايهما ولو سلم
الاحتمال لكنه قد رضي برايهما وسواء كان الوكيل حاضرا في المجلس او غائبا عنه فان
مجرد حضوره لا يكفي ما لم يجز على ما في الزيلعي ولو كان غائبا فاجازه لم يجز عند الجح

وقال

وقال ابو يوسف انه جائز على ما في المحيط وان مات احدهما او ذهب عقله بالجنون لم يجز
للاخر ان يتصرف وحده لعدم رضاء الموكل لانه انما رضي برايهما وهو المدار ههنا
بخلاف ما اذا وكلا بكلامين لانه رضي براي كل واحد منهما على الانفراد ابتداء حيث
وكلهما متعاقبا فيجوز تصرفهما على اي وجه كان اطلق الوكيلين فشملهما اذا كانا حرين
بالغين واحدهما حر بالغ والاخر صبي محجور او عبد فان وكالتهما صحيحة وان لم يلزمهما
الاحكام وشمل ايضا الوكيلين بالقبض ففي البزازية الوكيلان بقبض الدين ينفرد
احدهما باستيفائه حتى لو قبض احدهما لا يبرا المط وبالقضاء ينفرد احدهما به
استحسانا والوكيل بقبض عين قبض وجاء وكيل اخر ليس له ان يقبضه من الوكيل
الاول وهذا لانهما لم يكونا وكيلين بكلمة واحدة فينفذ تصرف الاول بخلاف ما لو كان
الوكيل الثاني وكيلا بقبض كل حق له فان له قبضه من الاول لان ما قبضه الاول
من جملة الحقوق وليس للاول قبضه من الثاني ولو وكله بقبض دار له معين من
فلان وقبضه ثم وكل اخر بقبضه ايضا ان كان الاول قبضه قبل توكيل الثاني
اخذه الثاني من الاول والا لا ولا يشبه غير المعين الشيء المعين الا في خصومة
لان لكل منهما ان يخاصم بدون صاحبه فان اجتماعهما عليها في التكلم متعذر ولانه
يفضي الى الشغب في مجلس القضاء فان قيل ان الخصومة قد يحتاج الى الراي والموكل
رضي برايهما قلنا نعم الا ان رايهما قد حصلا في تقويم الخصومة سابقا عليها فيكفي
بذلك والا في رد وديعة كبضاعة وعارية ومغصوب فان لكل واحد من الوكيلين
ردها بدون صاحبه لانه مما لا يحتاج الى الراي فكان رد احدهما كردهما و
لو قال وفي رد عين لكان اولى فانه لا فرق بين رد الوديعة والعارية والمغصوب
والمبيع بيعا فاسدا على ما صرح به في الفصل السابع من وكالة الخلاصة واحترز
بالرد عن الاسترداد فانه لو وكلا باسترداد الوديعة فليس لاحدهما استردادها
وقبضها بدون صاحبه لانه حفظ اثنين ليس كحفظ واحد فاذا قبض احدهما ضمن
كله اذا هلك لانه قبض بغير اذن صاحبه كذا في البحر والا في قضاء دين
احترز بالقضاء عن قبضه فانه لو قبض الدين احد الوكيلين بقبضه بغير اذن صاحبه
ضمن لانه شرط اجتماعهما على القبض وهو ممكن وللموكل فيه فائدة وغرض لان حفظ

اثنين ليس كحفظ واحد بخلاف القضاء لانه لا يحتاج الى الراى والا في طلاق لا عوض
فيها وكذا في عتق بلا مال لانهما لا يحتاجان الى راى لانها اسقاط محض بخلاف ما لو
وكل وكيلين بطلاق او عتق بمال فانهما يحتاجان الى راى فلا يملك احدهما التصرف
بدون صاحبه وبخلاف ما لو وكل وكيلين بطلاق او عتق بغير عوض مالى وقال
لا يطلق احدكما بدون صاحبه او لا يعتق احدكما بدون صاحبه فانه لا يجوز تصرف
احدهما بدون الاخر وكذا لو قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما
لا ينفرد احدهما عن الاخر في التصرف وكذا العتق لانه تفويض الى رايهما لكان تمليكا
مقتصرا على المجلس فلا يقدر احدهما على التصرف في ملك الاخر وكذا لو قال
للوكيلين طلقاها ثلاثا فطلق احدهما واحدة ثم طلقها الاخر بطلقتين لم يقع شئ حتى
يجتمعا على ثلاث تطليقات كما في وكالة قاضيخان فان قيل ينبغي ان يقدر احدهما
على نصف تطليقة اجيب عنه بان فيه ابطالا لحق الاخر فان قيل الابطال ضمنى فلا يعتبر
به قلنا لا حاجة الى الابطال مع قدرتهما على الاجتماع وقال في البزازية لو قال
طلقاها جميعا ثلاثا فطلق احدهما طلاقا ثم الاخر طلق طلقتين لم يقع ما لم يجتمعا على
الثلاث قال لامرأتيه طلقا انفسكما ثلثا فطلقت احديهما نفسها وصاحبتها ثلاثا
طلقتا لكن طلاقها نفسها يختص بالمجلس ولو زاد ان شئتما فطلقت احديهما لا تطلق لان
تقدير الكلام طلقا انفسكما ان شئتما طلاقكما والموجود من احديهما نصف الشرط
وفي البحر نقلا عن الولوالجية لو وكل رجلين بتسليم الهبة للموهوب له فلا ينفرد احدهما
عن الاخر بخلاف ما لو وكلهما باسترداد الهبة عن الموهوب له فان لاحدهما ان ينفرد
بالاسترداد كما في رد الوديعة واستردادها وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به
لانه فوض اليه التصرف فيما وكل به لا غير والتوكيل ليس بتصرف فيه وذلك لانه رضى
برايه لا براى غيره والناس متفاوتة في الراى فيه بالتوكيل لان الوكيل بالبيع والشراء
يخير بيع ما باع فضولي فيما وكل به وكذا شراؤه كما في الفصولين الا باذن مؤكله
او بقوله اعمل برايك فان الموكل في الصورتين قد رضى براى غيره فيجوز وفي البزازية
اذا قيل للوكيل اصنع ما شئت له التوكيل ولو قال الوكيل الاول ذ للموكيله لا يملك
الثاني توكيل ثالث بخلاف ما لو قال السلطان للقاضي استخلف من شئت فاستخلف اخر

وقال القاضي له ايضا استخلف من شئت له الاستخلاف ايضا ثم وثم والوكيل بقبض
الدين وبالخصومة وبالشراء سواء على ما يدل عليه اطلاق المص وبه صرح في البزازية
فان اذن الموكل فوكل كان الوكيل الثاني وكيل الموكل الاول لا الثاني فلا ينعزل بعزله
ولا بموته وينعزلان بموت الموكل الاول وان وكل الوكيل بلا اذن الموكل وبلا تعميمه بان
قال اعمل برايك فعقد الثاني بحضرته اي بحضرة الوكيل الاول جاز استحسانا لان
المقصود حضور راى الاول وقد وجد بحضوره فان قيل قد تقدم ان احد الوكيلين
بالبيع ان باع بغير اذن صاحبه لم يكتف بحضوره بل لا بد من الاجازة فما الفرق بينهما
اجيب بان وكيل الوكيل يتصرف بتوكيله ورضائه فكان سكوته عند التصرف
بحضرته رضاء بخلاف احد الوكيلين فانه يتصرف بتوكيل الموكل لا بتوكيل صاحبه
فلم يكن سكوته رضاء لجواز ان يكون غيظا منه هكذا ذكر في شرح الهداية نقلا
عن الجامع الصغير لكن قال في البزازية وذكر شيخ الاسلام ان بيع الثاني وان بحضرة
الاول لا يجوز بلا اجازة قال وهو لم يذكر هذا الشرط غيره بل اكتفى بحضرة الاول وان لم يجز
وقال الكرخي ليس في المسئلة روايتان بل الجواز بحضرة الاول محمول على الاجازة وبه
العامة لان توكيل الوكيل فضولي ملحق بالعدم فيتوقف على الاجازة وقيل فيه روايتان
في رواية شرط الاجازة وفي رواية لم يشترط ثم اختلفوا في ان العهدة على من
يلزم بعد جواز التصرف بحضرة الاول فمنهم من قال انها تلزم على الوكيل الاول على ما ذكر
البزازية عن العتابي ومنهم من قال انها تلزم على الوكيل الثاني على ما ذكره عن العيون
معللا بانه العاقد وكذا لو عقد الوكيل الثاني بغيبته اي غيبة الاول فاجازه الاول
كما لو باع غير الوكيل فبلغ الخبر فاجازه فانه جائز لحصول رايه او كان الوكيل الاول والموكل
على ما في البزازية قدر الثمن للثاني فعقد الثاني بغيبته فانه جائز لان الراي يحتاج اليه
لتقدير الثمن وقد حصل التقدير هكذا ذكر في البزازية عن ابي يوسف في رواية
النوادر وعن الصدر الشهيد ايضا ثم ذكر عن الطحاوي انه لا يجوز بغيبة الاول لان
الوكيل الاول لو باشر البيع ربما يباع بالزيادة على المقدار المعين من الثمن لذكائه واكثر
المشايخ على الاول ولا يجوز لعبد او مكاتب التصرف في مال طفله ببيع او شراء لعدم
ولايتهما عليه ولا تزويجه لما ذكرناه وكذا الكافر ذميا او حربيا لما ذكرناه بخلاف المرتد

حينئذ ولاية على اولاده واموالهم موقوفة اجماعا فاذا اسلم جعل كانه لم يزل مسلما فنفذ
تصرفه واذا مات او قتل على ردته يبطل تصرفه وامانه وتزويجه لنفسه فهو باطل وان
اسلم في حق طفله المسلم في ماله وتزويجه لعدم ولاية الكافر على المسلم **باب
الوكالة بالخصومة والقبض** للوكيل بالخصومة اي في الدين او العين القبض
لان الخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات بعارض من
موت القاضي او غيره وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب فلو وكل رجلا ان يدعي ويثبت
ما له على فلان ولا يزيد عليه شيء فاثبت عليه الوكيل شيئا بالبينة او الاقرار فله
ان يقبض ذلك الشيء عند الثلاثة خلافا لزفر قال ليس له القبض لانه ما رضي الا
بالخصومة والقبض غيرها لانها قول يستعمل في اظهار الحق والقبض فعل حسي
والفتوى عند عامة المشايخ على قوله لظهور الخيانة في الوكلاء ولان التوكيل بالقبض
غير ثابت نصا وهو ظاهر ولا دلالة لان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة
ولا يرضى بامانته وقبضه واجيب بان الدلالة ثابتة لما تقدم من ان ما لا يتم الواجب
الا به وللوكيل بقبض الدين الخصومة قبل القبض عند ح حتى اذا اقتضى واقام الخصم
بينة على استيفاء الموكل او ابرائه يقبل عنده لانه يملك الخصومة فيكون خصما له خلافا
لهما وهو رواية الحسن عن ح لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على
قبض المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضاء بالخصومة ولابي ح
انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها فما قبضه الوكيل ليس عين حق الموكل
بل مثله فيملكه الوكيل والوكيل بالتملك اصيل في حقوق العقد والاصيل في حقوق
خصم كالموكل وفي الخلاصة الوكيل بقبض الدين ليس له ان يخاصم بالاجماع انتهى
ولا يخفى عليك ان دعوى الاجماع في هذه المسئلة انما تمشي على رواية الحسن عن ح
والا فلا كما ترى وللوكيل باخذ الشفعة اي باخذ الدار بالشفعة الخصومة اتفاقا
حتى اذا اقام المشتري عليه البينة ان الموكل سلم الشفعة تقبل وتبطل الشفعة لكونه
خصما له في هذه الدعوى وكذا الوكيل بالرجوع في الهبة فلو اقام الموهوب له
البينة على اخذ الواهب العوض فانها تقبل ويبطل الرجوع لكونه خصما له في هذه
الدعوى او بالقسمة بان وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع شريكه واقام الشريك

البينة عليه ان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل او بالرد بالعيب على البائع فانه اذا اقام البينة
عليه ان الموكل رضي بالعيب تقبل بينته لكونه خصما له وكذا الوكيل بالشراء بعد مباشرة
الشراء له الخصومة في طلب حقوق العقد واما قبل المباشرة بالشراء فلا يكون خصما
وليس للوكيل بقبض العين الخصومة بالاتفاق لانه امين محض حيث لا مبادلة هناك
اصلا كما في قبض الدين لانه يقبض عين حق الموكل فاشبه الرسول فلم يتعلق الحقوق
بالقابض فلا يكون خصما ولا تقبل البينة عليه الحاصل ان وكالات وحكمها كما ذكره
المص وهنا وكالة اخرى لم يذكرها المص وهو الوكالة بالملازمة وحكمها ان ليس
للوكيل الخصومة والقبض كذا في الخلاصة فلو برهن ذو اليد على الوكيل بقبض عبد
من موكله باعه منه تقصر يد الوكيل ولا يسلم العبد اليه في الاستحسان والقياس
ان يسلم اليه ولم يلتفت الى بينة ذي اليد لانها قامت لا على خصم ولا يثبت البيع بل يتوقف
الامر حتى يحضر الموكل لان الوكيل بقبض العين ليس خصما له حتى يقبل بينته ويثبت البيع
لكنه لقيامه مقام الموكل في القبض يكون خصما له في حق قصر اليد فيلزم اعادة البينة
على البيع اذا حضر الموكل لعدم قبولها على الوكيل كما تقصر يد الوكيل بنقل الزوجة والعبد
فيما اذا اقام المراة البينة ان زوجها طلقها واقام العبد ان مولاه اعتقه فان بينتهما تقبل
في حق قصر يد الوكيل لا في ثبوت الطلاق والعتاق ولذا قال ولا يثبت الطلاق
والعتق لو برهنا عليهما اي على الطلاق والعتق بلا حضور الموكل لان القضاء على الغائب
متعذر على ما تقدم واقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي صحيح سواء كان
الموكل هو المدعي فاقرار الوكيل عند القاضي باستيفاء حقه او المدعى عليه فاقر الوكيل
بثبوته عليه لا عند غير القاضي عند ح ومحمد خلافا لابي يوسف فانه جاز اقراره
في الوجهين جميعا لانه قائم مقام الموكل فلا يختص اقراره بمجلس القضاء وقال زفر والشافعي
انه لا يجوز في الوجهين وهو القياس لان الوكيل بالخصومة مامور بالمنازعة والاقرار
ليس بمنازعة لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولابي ح ومحمد ان التوكيل
بالخصومة صحيح وصحته انما يكون بتناوله ما يملكه الموكل لان التوكيل فيما لا يملكه باطل
وهو انما يملك مطلق الخصومة انكارا كان او اقرارا لا واحدا بخصوصه لان الخصم اذا
كان محقا وجب عليه الاقرار وان كان مبطلا وجب عليه الانكار لكن لفظ الخصومة

حقيقة في الانكار رفصرفناها الى مطلق الجواب مجازا فبينا وللخصومة الحقيقة وهو
الانكار والمجازية وهو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء
فما كان في غير مجلس القضاء لا يكون خصومة لا حقيقة ولا مجازا فلا يثبتا ولذا الامر
وهذا استحسان يترجح على القياس لكن استدراك عن قوله لا عند غير القاضي لو برهن
عليه اي لو برهن عند القاضي على الوكيل انه اقر في غير مجلس القضاء خرج عن الوكالة
ولا يدفع اليه المال حتى لو ادعى بعد ذلك الوكالة واقام على ذلك بينة لا تقبل بينته
لانه زعم انه مبطل في دعواه اطلق الاقرار هنا وهو مقيد بغير الحدود والقصاص
لانه لا يصح اقراره بها على موكله بالاتفاق للشبهة وقيده بالخصومة لان الوكيل
بالصلح لا يصح اقراره مطلقا ففي البزازية والوكيل بالصلح لا يملك الاقرار لان الوكيل
بالخصومة انما ملكه لكونه من افراد الجواب وهو وكيل بالجواب لانه هو المشروع فكان
لفظ الخصومة متناولة للاقرار والصلح مسالمة لا مخاصمة ولذا قلنا الوكيل بالصلح
لا يملك الخصومة والوكيل بالخصومة لا يملك الصلح عقد من العقود والوكيل بعقد
لا يباشر عقدا آخر هذا ولو وكل بالخصومة واستثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة
غير جائز الاقرار فهل يصح هذا التوكيل والاقرار ففي البزازية يصح التوكيل ولا يصح
اقراره على موكله في الظ موصولا كان الاستثناء او مفصولا ولو كان التوكيل بسؤال
الخصم يصح استثناؤه موصولا لا مفصولا ولو وكله غير جائز الانكار صح عند محمد
لا الثاني ولو وكله غير جائز الاقرار والانكار رقيل لا يصح الاستثناء لعدم بقاء فرد
تحته وقيل يصح لبقاء السكوت وعن محمد استثناء الاقرار يصح من الموكل الطالب لانه
مخير ولا يصح من المطلوب لانه مجبور عليه والمطلوب اذا وكل بالتماس الطالب واستثنى
اقراره اي بحضرة طالبه صح وان بلا حضوره جاز عند محمد اعتبارا بالعزل خلافا لابي يوسف
وعلى هذا اذن لوكيله ان يوكل فهناه ان بحضور الطالب صح وان لا بحضوره فهو على
الخلاف والحاصل ان هذه المسئلة على خمسة اوجه الاول ان يوكل بالخصومة
ولا يستثني اصلا وهو مسئلة المتن الثاني ان يستثني الاقرار فيكون وكيلا بالانكار
فقط الثالث عكسه فيكون وكيلا بالاقرار فقط في ظاهر الرواية موصولا او مفصولا
الرابع ان يوكله جائز الاقرار فيكون وكيلا بالاقرار والانكار الخامس ان يستثني الاقرار

و

والانكار فهو على الخلاف المذكور كالاب والوصي اذا اقر اي كل منهما في مجلس القضاء لا يصح
اقرارهما ولا يدفع اليهما المال يعني اذا ادعيا شيئا للصغير فانكر المدعى عليه وصدقاه
ثم جاء يدعي المال فان اقرارهما بان صدقا المدعى عليه لا يصح ولكن لا يدفع المال اليهما لانهما
خرجا من الولاية والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قاله المدعى عليه
ولا يصح توكيل رب المال كفيله بقبض ما على المكفول عنه لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها
اما بعد البراءة فلانها لما لم تصح ابتداء حال التوكيل علما سينا لم ينقلب بعدها صحيحة
كمن كفل لغائب فاجازها بعدما بلغته فانها لا تصح لانها لم تصح ابتداء لعدم القبول
فلا ينقلب صحيحة واما قبل البراءة فلان الوكيل من يعمل لغيره والكفيل من يعمل لنفسه
في ابراء ذمته فلو كان صحيحا لزم ان يكون الوكيل عاملا لنفسه فينعدم الركن فان قيل
توكيل المديون بابراء ذمته عما عليه من الدين صحيح على ما في الجامع الصغير مع انه عامل
لنفسه في ذلك اجيب بانا لا نسلم انه صحيح على ما ذكره شيخ الاسلام ولو سلم انه صحيح
ولكن الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد وكلامنا في التوكيل بالقبض وقد تقدم من
قبل انه وان كان عاملا لنفسه بتفريغ ذمته لكنه عامل لرب الدين باسقاط دينه
فيكون عاملا للغير كسائر الوكيل هكذا ذكره في البحر عزوا الحمينية المفتي ورجحه
على الجواب الاول بان ذلك الابراء لو كان تمليكا لم يصح رجوع الدائن عنه قبل ابراء
المديون نفسه مع انه يصح فلم يكن تمليكا فلم يصح الجواب الاول اطلق الكفيل وهو مقيد
بالكفيل عنه بالمال لان توكيل الكفيل بالنفس صحيح سواء كان بالخصومة او بقبض ما
على المكفول عنه على ما في البحر وكذا يصح توكيل الكفيل بالمال بالخصومة ولهذا قيد
المص بالقبض قال في الزيلعي ولو وكل الطالب المولى بقبض المال من العبد لا يصح
يعني لو اعتق عبد المديون حتى لزم عليه ضمان الدين وعلى العبد جميع الدين فوكل الطالب
المولى بقبض الدين من العبد لا يصح لما تقدم من انه يلزم ان يعمل لنفسه في ابراء
ذمته وفي البحر ان المحتال لو وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لم يصح وذلك
لانه يعمل لنفسه لاحتمال ان الدين يلزمه بالتوى اللاحق وقال فيه ايضا ان توكيل
المديون وكيل الطالب بالقبض باطل وايده بمسئلة نقلها عن القنية وهي لو وكله
بقبض دينه على فلان فاخبر به المديون فوكله ببيع سلعته وايفاء دينه عن ثمنه لزمه الدين

فباعها واخذ الثمن وهلك هلك من مال المديون لاستحالة ان يكون قاضيا ومقتضيا
والواحد لا يصلح ان يكون وكيلا للمطلوب والطالب في القضاء والاقتضاء انتهى
ولا يخالفه ما في الواقعات الحسامية المديون اذا بعث بالدين على يد وكيله فجاء به
الى الطالب واخبره ورضي به وقال اشتر لي شيئا فذهب واشترى ببعضه شيئا وهلك
منه الباقي قال بعضهم يهلك من مال المديون وقال بعضهم من مال الطالب وهذا
اصح لان امره بالشراء بمنزلة قبضه انتهى لان ما في القنية فيما اذا سبق توكيل
الطالب وما في الواقعات فيما اذا سبق توكيل المطلوب ثم قال فيه وتجوز كفالة
الوكيل بالقبض والوكيل بالنكاح بالمهر واذا صحت كفالة الوكيل بالقبض بطلت وكالته
والحاصل ان الكفالة بالمال مبطلة للوكالة تقدمت الكفالة او تاخرت لكونها اقوى
من الوكالة فاذا بطلت الوكالة فلو اخذ الدين عن المديون وهلك في يده لم يهلك
على الطالب ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الدين الذي كان للغائب امر ذلك
المصدق وهو المديون بالدفع اليه اي الى الوكيل لانه اقر على نفسه لان ما يقضيه
الغريم خالص حقه لان الديون تقضى بامثالها فكان تصديقه اقرارا على نفسه
ومن اقر على نفسه امر بتسليمه الى المقر له فان صدقه صاحب الدين اي بعد ان حضر
من الغيبة فبها والا اي وان لم يصدقه امر المديون بالدفع اليه اي الى صاحب الدين
ايضا لانه لما لم يصدقه وانكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء والايفاء وهو واجب
على المديون فيجب الدفع اليه ثانيا والقول فيه قوله لانه منكر ويرجع اي الغريم به
اي بما اداه على الوكيل اي لم يهلك ما اداه في يده اي في يد الوكيل لان غرضه من
الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض ويرجع وان هلك في يده لا يرجع عليه
لانه بتصديقه اعترف ان الوكيل محق في القبض لا رجوع عليه ولانه بتصديقه
اعترف انه مظلوم في الاخذ الثاني والمظلوم لا يظلم غيره بخلاف ما اذا كان العين
باقية في يد الوكيل فانه يمكنه نقض القبض لبقاء العين فيرجع بسبب نقضه
وبخلاف ما اذا استهلكه الوكيل حيث ضمنه مثله على ما صرح به في الثالث من وكالة
البزازية الا ان كان ضمنه اما بالتشديد او بالتخفيف فالمعنى على الاول الا ان ضمن
المديون الوكيل بان قال له اضمن ما دفعت اليك عن الطالب حتى لو اخذ الطالب منه الى

ارجع عليك بما دفعت اليك وعلى الثاني الا ان ضمن الوكيل للمديون وقال انا ضامن
لك ان اخذ الطالب منك ثانيا عند دفعه الى الوكيل فانه يرجع على الوكيل لان
الماخوذ ثانيا مضمون على رب الدين في زعم الوكيل والمديون لان رب الدين غاصب
في حقهما فيما قبضه ثانيا واذا دفع الغريم اليه اي الوكيل على ادعائه اي ادعاء الوكيل
الوكالة غير مصدق وكالته ولا يكذبها ايضا بل سكت او يكذبها فانه يرجع على الوكيل
في الصورتين ان رجع صاحب المال على الغريم اما في الاولى فلانه لم يصدقه
على الوكالة وانما دفع اليه على رجاء اجازة الطالب فاذا انقطع الرجاء رجع الغريم
على الوكيل واما في الثانية فلانه اذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب
والمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب وهل يحلف الغريم على انكاره الوكالة
قال الخصاف لا يحلف على قول ابي ح ويحلف على قولهما ولو اقر بالوكالة وانكر الدين
يحلف عنده لا عندهما كذا في العناية وهل تقبل بينة الوكيل على الدين بعد
تصديقه الوكالة والدين فقال في قاضيخان احضر الوكيل المديون فاقر المديون
بالوكالة وانكر الدين فاقام الوكيل البينة على الدين لا تقبل بينته لان البينة على
الدين لا تقبل الا من خصم وباقرار المديون لم يثبت الوكالة فلم يكن خصما الا يرى
ان المديون لو اقر بالوكالة فقال الوكيل انا اثبت الوكالة بالبينة مخافة ان يحضر
الطالب وينكر الوكالة قبلت بينته وان كانت البينة قائمة على المقر وكذلك الوصي
اذا اقر المديون بالوصاية وانكر الدين فاثبت الوصي الوصاية بالبينة قبلت بينته
وكذا الرجل اذا ادعى دينا على ميت واحضر وارثا فاقر الوارث بالدين فقال
المدعي انا اثبت الدين بالبينة فاقام البينة قبلت بينته انتهى وهكذا ذكره في
القنية ايضا في باب ما تقبل البينة على المقر من كتاب ادب القاضي مع زيادة
تفصيل فارجع اليه وهل يصح قبول الوكيل بقبض الدين الحوالة ففي الخلاصة
والبزازية انه لا يصح ومن صدق مدعي الوكالة بقبض الامانة لا يؤمر بالدفع
اليه لانه اقرار بمال الغير بحق القبض فلا يصح بخلاف الدين لانها تقضى بامثالها
فيقضي المديون بمال نفسه بمثل الدين فكان اقراره اقرارا على نفسه بحق المطالبة
والقبض فيصح فان دفع الامانة اليه فحضر الغائب وانكر الوكالة وحلف على ذلك

وضمن المودع فهل له الرجوع على الوكيل فعلى الوجوه الاربعة السابقة ان دفعها اليه
مصدقا بالوكالة لا يرجع وان صدقه وضمنه او سكت او كذبه فدفعها اليه
يرجع ان لم يكن العين باقية وان كانت باقية اخذها لانها صارت ملكه بالضمان
وعلم من كلامه ان الوكالة بقبض الوديعة لا يثبت باقرار المودع ولهذا قال في
الخلاصة الوكيل بقبض الوديعة اذا اقر الذي الوديعة عنده انه وكيل بقبضها
فانه لا يكفي اقراره ويقيم البينة على اثبات الوكالة ثم قال لو اقام الوكيل بقبض الوديعة
البينة على الوكالة مع ان المودع صدقه تقبل واشار الى انه لو اثبت الوكالة
بالبينة يجبر على دفع الوديعة الى الوكيل علمها في قاضيخان وفي البحر ولو اثبت
الوكيل بقبض الوديعة انه وكيل بقبضها فادعى الامين دفعها الى الموكل او الى
الوكيل فالقول له في براءة ذمته وكذا اى لا يؤمر بالدفع لو صدقه اى صدقه
المودع في دعوى شرائها اى الوديعة من المالك لان المالك المودع ما دام حيا
كان اقرار المودع اقرار الملك الغير لكونه من اهل الملك فلا يصدقان في دعوى
البيع عليه ولو صدقه في ان المالك مات وتركها اى الوديعة ميراثا له امر
بالدفع اليه يعني ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له
غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى مال المودع بعد موته وكذا
الحال في دعوى الوصية بان قال مات وترك الوديعة وصية لي ولا وارث له
وصدقه المودع امر بالدفع اليه لان الموصى له ينزل منزلة الوارث عند عدمه
ولا بد من التلوم فيها لاحتمال ان يكون له وارث اخر كذا في البحر وقيد بالتصديق
لانه لو انكر موته او قال لا ادري لا يؤمر بالتسليم اليه ما لم يقم البينة وهل يؤمر
بالدفع فيما اذا ادعى الايصاء اليه وصدقه ذو اليد لم يؤمر بالدفع له اذا كان
عينا في يد المقر لانه اقر انه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة او الغصب بعد
موته فلا يصح كما لو اقر انه وكيله في حيوته بقبضها اطلق الدفع الى الوارث
وهو مقيد بما اذا لم يكن على الميت دين مستغرق قال في جامع الفصولين في التركة
دين فدفع المودع الوديعة الى الوارث بلا امر القاضي ضمن ح لو مستغرقة
ضمن وهذا اذا لم يوص والا فله الاخذ واداء الدين منه ولو ادعى المديون على

الوكيل بقبض الدين استيفاء الداين ولا بينة له على الاستيفاء امر المديون بدفعه
اى الدين اليه اى الى الوكيل لان الوكالة قد ثبت بالبينة على ما هو الفرض والاستيفاء
لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق ولا يستحلفه اى الوكيل انه ما يعلم استيفاء
موكله لان مبنى التحليف على دعوى صحيحة ودعوى الاستيفاء لم يصح بلا بينة بل يتبع
رب الدين ويستحلفه انه ما استوفى رعاية لجانب الغريم فان حلف مضى الاداء
وان نكل يتبع المديون الوكيل فيسترد ما قبض وقال زفر حلف الوكيل على العلم
فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل لو اقر بذلك بطلت وكالته
فجاز ان يحلف عليه والجواب ان الغريم يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف
الوكيل يكون بنيابة والنيابة لا تجري في الايمان بخلاف الوارث يحلف انه لا يعلم
استيفاء مورثه لان الحق يثبت للوارث فالدعوى عليه واليمين بالاصالة لا
بالنيابة انما قال ولا بينة له لانه لو كان له بينة على استيفاء الداين تقبل بخلاف
الوكيل باجارة الدار وقبض الاجرة فيما اذا ادعى بعض السكان انه عجل الاجرة لموكله
وبرهن عليه توقف ولا يحكم بقبض اجر حتى يحضر الغائب كذا في البحر ولو ادعى
البايع وكيل الرد بالعيب ان موكله وهو المشتري رضي به اى بالعيب لا يؤمر
البايع بدفع الثمن الى الوكيل واخذ المبيع عنه قبل حلف المشتري بانه لم يرض
بالعيب والفرق بينها وبين مسئلة الدين ان التدارك ممكن في الدين باسترداد
ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكول رب الدين اى الموكل وههنا
غير ممكن لان القضاء بفسخ البيع يصح وان ظهر الخطاء عند الحلف لان القضاء
ينفذ ظاهرا وباطنا عنده في العقود والفسوخ فلا يستحلف المشتري بعد
ذلك واما عندهما فقد قالوا يجب ان يرد بالعيب كما في مسئلة الدين لان
التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء قيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر
الرد في فصلين الى ان يستحلف ومن دفع اليه لحر عشرة ينفقها اى يشتري
بها نفقة على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فهي اى العشرة التي انفقها من ماله
بها اى بمقابلة العشرة التي اخذها من الموكل اى لا يكون متبرعا بما انفق من
عنده وفي القياس انه متبرع بها ويرد ما اخذه الى الموكل وان استهلكه ضمن

والاول استحسان وجهه ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء وهو اذا دفع الثمن من مال
نفسه وقبض المبيع فله ان يرجع به على الامر فكذا هذا وقيل كل من القياس و
الاستحسان في قضاء الدين لا في الانفاق فلو دفع المديون الى رجل الفا
ليوكله بقضاء دينه بها فدفع الوكيل من مال نفسه قضاء عنه فانه متبرع في
القياس لا في الاستحسان لان قضاء الدين ليس بشراء اصلا بخلاف التوكيل بالانفاق
فانه امر بشراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم المدفوعة اليه بل بمثل في
الذمة ثم يثبت له حق الرجوع على الامر كذا في الهداية وشروحها فقيد بقوله
على اهله وليس باحترازي لانه لا فرق بين الوكيل بالانفاق على الاهل والوكيل
بالانفاق بالبناء عليها في الخلاصة هذا في الدفع اليه للانفاق وهل الامر كذلك
في الامر بالانفاق بدون دفع شيء ففي البزازية امر غيره بان ينفق عليه او يقضي
دينه ففعل يرجع بلا شرط الرجوع بخلاف ما لو قال عوض عن هبتي او اطعم عن
كفارتي او اد زكوة مالي او هب لفلان عني الفا حيث لا يرجع بلا شرط الرجوع
ففي كل موضع ملك المدفوع اليه المال المدفوع مقابلا بملك المال فالمامور
يرجع بلا شرط الرجوع وفي كل موضع ملك المدفوع اليه غير مقابل بملك المال
لا يرجع بلا شرط لان الدافع يملك المدفوع اليه حتى يقع الزكوة والتعويض
والكفارة عنه فاذا ملكه المدفوع اليه مقابلا بالملك كان الملك ثابتا للامر
ايضا مقابلا بالملك فيرجع عليه المامور لان بدل الملك يجب على من يجب له
الملك اما اذا ملك المدفوع اليه المال المدفوع مقابلا بالملك فالامر يملكه ايضا
لا مقابلا بالملك فيكون متبرعا فلا يرجع بلا شرط الضمان ثم قال فيها وفي
المؤن المالية اذا امر غيره بالاداء قال فخر الاسلام يرجع بلا شرط الرجوع وكذا
في كل مطالب من العباد حسا قال لرجل خلصني من مصادرة الوالي او قال
الاسير ذلك فخلصه انسان قيل لا يرجع فيهما بلا شرط الرجوع وقيل في
الاسير يرجع بلا شرط لا في المصادرة والامام السرخسي على انه يرجع فيهما
بلا شرط الرجوع قال وهو الصحيح واذا غاب رب الارض واخذ الوالي الخراج
من الاكار ففي ظاهر الرواية لا يرجع الاكار عليه وقال الفقيه انه يرجع والاخذ

من

من الجار لا يرجع قوله للمديون ادفع مالي عليك من الدين الى من شئت او اطرحه في
البحر ففعل لا يسقط عنه الدين لان الدين يقضى بملك المديون فلا يصح امره
لما دفعه ملك الغير ولو قال المودع ادفع الوديعة الى من شئت او القه في
البحر ففعل فمن مال الامر لان العين ملكه فصح امره في ملكه

باب عزل الوكيل

للموكل عزل وكيله تعلق به حق الغير كوكيل الخصومة بطلب الخصم اعلم ان الوكيل ان
كان للطالب فعزله صحيح حضر المط اولا لان الطالب بعزله يبطل حقه لان الوكالة
حقه والانسان لا يتوقف في ابطال حقه على حضور الغير وان كان للمطلوب
فان لم يكن بطلب من جهة الطالب او من يقوم مقامه فكذلك وان كان بطلب
من جهته فاما ان علم الوكيل بالوكالة اولا يعلم فكذلك لانه لا نفاذ للوكالة قبل
علم الوكيل فكان العزل امتناعا فله ذلك وان علم ولم يردها لم يصح في غيبة
الطالب لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه
وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المراد المذكور ههنا بطريق الاستثناء
وان اطلقه المص وصح في حضرته لان الحق لا يبطل لامكان الخصومة مع الموكل
او يطلب منه وكيلا اخر ونظير هذه الوكالة اعني من جهة المطلوب بطلب من جهة
الطالب كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن بان وضع الرهن على يد عدل وشرط
في الرهن ان يكون العدل مسلطا على البيع ثم اراد الراهن ان يعزل العدل عن
البيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل الحق فان قيل عزل
الراهن العدل عن البيع لا يصح وان كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به بخلاف
عزل الموكل وكيله بالخصومة فانه صحيح اذا كان بحضرة الطالب رضي به او لا
ولو كانتا نظيرتين لما افترقتا من هذه الجهة اجيب بان مدار جواز العزل وعدمه
على بطلان الحق وعدمه فاذا بطل الحق بطل العزل وفي الوكيل بالخصومة
لم يبطل الحق بالعزل بحضرته لما تقدم فكان جائزا واما في مسئلة الرهن
فلو صح العزل بحضرة المرتهن بطل حقه في البيع اصلا اذ لا يمكن ان يطالب
الراهن بالبيع كذا في العناية حاصله ان المراد بكونهما نظيرين ليس من كل الوجه
بل في عروض اللزوم لهما من وجه فان كان الوكالة ببيع الرهن لازمة كالرهن

حيث لا يملك الراهن عزله فكذلك الوكالة بالخصومة موجهة المطلوب بطلب من
جهة الطالب لازمة من حيث ان الموكل لا يملك عزله عند غيبة الطالب وان كان
يملكه عند حضرته لعدم التصريح او لكون الموكل مالكا بعزل الوكيل لحضرة
الطالب بجواب ظاهر الرواية واما في غير ظاهر الرواية فلا يملك عزله بحضرة الطالب
ايضا الا برضاه على ما صرح به في نوع عزل الوكيل من وكالة البزازية فعلى
غير ظاهر الرواية لا حاجة الى الجواب المذكور لانهما صارا نظيرين من كل الوجه ثم
اعلم ان الوكيل بالبيع اذا اخر المطالبة بالثمن عن المشتري فوكل الموكل بقبض الثمن
عن المشتري فان كان وكالة الموكل بامر القاضي ليس للوكيل اخراج موكله غيرها
وان كان لا بامر القاضي بل من قبل نفسه له اخراجه وعزله عنها وعن محمد ايضا
انه لا يملك اخراجه عنها في الفصلين وعن ابي يوسف انه قال ان الوكيل بالبيع اذا
في قبض الثمن اخرجه عنها واجعل حق قبضه للموكل حتى اذا ادى المشتري ثمنه الى
الوكيل بعد علمه بالاخراج لا يبرأ وان قبل علمه بالاخراج يبرأ وعن الحج انه ليس
للموكل ولا للقاضي اخراجه عن الوكالة في قبض ثمن ما باع وان اخر ولا يجبر الوكيل
على قبضه ايضا لان العزل عن حكم تصرف امضى لا يتصور و يتوقف انعزاله اي انعزال
الوكيل بعزل الموكل بعد علمه بتوكيله وقوله على علمه اي علم الوكيل بعزل الموكل له لان
في انعزاله بغير علمه اضرارا به من وجهين احدهما من حيث بطلان ولايته الذي
يتضمن تكذيبه لان الوكيل يتصرف بادعاء ان له ولاية التصرف وفي عزله من
غير علمه تكذيب له فيما ادعاه لبطلان ولايته وضرر التكذيب ظاهر والثاني من
حيث رجوع الحقوق اليه فانه ينفذ من مال الموكل ان كان وكيلا بالشراء ويسلم
المبيع ان كان وكيلا بالبيع فاذا كان معزولا كان التصرف واقعا له بعد العزل
فيضمنه فيتضرر به فاذا توقف انعزاله على علمه فتصرفه قبله اي قبل علمه صحيح لانه
باق على وكالته كما ان القاضي اذا عزله السلطان لا ينعزل حتى يصل اليه خبر عزله
حتى لو قضى قبل وصول الخبر اليه نفذ كما في اول العمادية وفي القاعدة الرابعة
من الاشباه وهذا في الوكيل بالخصومة وبالبيع والشراء وهل هو كذلك
في الرسول والوكيل بالطلاق والنكاح ففي البزازية وعزل الرسول لا يصح بلا علمه

يعني

يعني لا يصح بلا علمه بالعزل بعد علمه بالرسالة واما لو عزله قبل علمه بالرسالة فيصح
بلا علم بالعزل كما في الوكالة وفيها ايضا وعزل الوكيل بالطلاق والنكاح لا يصح
بلا علم لانه وان لم يلحقهم الضرر فيه ولكنهم يصير مكذبا فيكون غرورا انتهى وهذا
هو الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرناه انفا وفي البزازية ايضا كتب الموكل
الى وكيله الغائب كتابا بعزله فبلغه وعلم بما فيه او ارسل اليه رسولا او غيره
حرا او عبدا صغيرا او كبيرا فقال الرسول الموكل ارسلني اليك لابلغك عزله عن
الوكالة انعزل وان لم يرسل ولم يكتب اليه لكنه اشهد على العزل حال غيبة الوكيل
لا ينعزل وان اخبره بالعزل عدل واحد او مستوران انعزل وان لم يصدق المخبر
اذا بان صدقه كما في حجر المأذون والاخبار ببيع الدار المشفوع ونكاح الولي
البكر وبجناية عبده وهل الوكيل بقبض الدين يتوقف عزله على علم المديون ففي
البحر الوكيل بقبض الدين لا بحضور المديون له عزله وان بحضوره لا ما لم يعلم
به المديون فلو دفع المديون دينه الى هذا الوكيل قبل علمه بعزله يبرأ ولو دفعه
اليه بعد علمه لا يبرأ وهكذا في البزازية نقلا عن الظهيرية وهل يتوقف عزل
الوكيل نفسه على علم الموكل ففي البزازية الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة
بلا علم الموكل قلت هذا ليس على اطلاقه بل فيما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه
واما اذا كان وكيلا بشراء شيء لا بعينه فان للوكيل عزل نفسه عن الوكالة بلا علم
الموكل ذكره صاحب العناية في اول باب الوصي نقلا عن الشارحين فليطلب
تفصيلاته ولو وكله بشرط ان لا يعزله فهل له ان يعزله بعده ففي البزازية وكله
غير جائز الرجوع ثم اراد الرجوع قال بعض المشايخ ليس له ان يعزل في الطلاق
والعتاق كما لو قال الرجل جعلت امر امرأتي اليك فطلقها متى شاء او قال جعلت
عتق عبدي في يدك فعتقه متى شاء او قال اعتق عبدي اذا شئت او طلق امرأتي
ان شئت لا يملك الرجوع وان في البيع والشراء والاجارة يصح العزل وقال بعض
مشايخنا له العزل في كل الفصول وليس فيه رواية مسطورة قال كلما عزلتك
فانت وكيلي وكالة مستقبلة ثم عزل ينعزل لكنه يكون وكيلا وكالة مستقبلة
لوجود الشرط وصحة تعليق الوكالة بالخطر واذا اراد الموكل عزله عن الوكالة الدورية

كيف يعزله قيل يقول عزلتك كما وكلتك وانه لا يصح لان فيه تعليق العزل بالشرط حيث
قال يعني ان صرت وكيلي فانت معزول وقد تقدم ان تعليق العزل بالشرط لا يصح
ولان المعلقة بالعزل غير ثابتة فكيف يصح العزل عنه واختار شمس الائمة ان يقول
عزلتك عن الوكالات كلها او عزلتك عن ذلك كله وانه ايضا مشكل لان الاخراج
قبل الدخول في ذلك الشئ لا يتصور والعزل اخراج والمعلقة غير ثابتة فلا يتصور
الاخراج قال الفقيه ابو جعفر والامام ظهير الدين يقول رجعت عن المعلقة
وعزلت عن المنفذة ولا يقدم العزل عن المنفذة على الرجوع عن المعلقة لانه اذا قدم
العزل عن المنفذة تنجز وكالة اخرى من المعلقة فلا ينعزل بعده عنها بالرجوع عن
المعلقة وهذا انما يتم اذا خص لفظ الرجوع بالمعلقة من الوكالات احترازا عن
خلاف الامام ابي يوسف ان الاخراج عن المعلقة بلفظ العزل لا يصح وقال صاحب
النظم لو قال متى عزلتك فانت وكيلي فطريق عزله ان يقول عزلتك ثم عزلتك بخلاف
كلمة كلما فانه لاقتضائه التكرار يقول رجعت عن المعلقات وعزلتك عن المنجزة
هكذا ذكره في البزازية وقال في الخلاصة والفتوى على ما قاله الامام ظهير
الدين وفيها ايضا اذا وكل رجلا وكالة معلقة بالشرط ثم عزله قبل وجود الشرط
عند ابي يوسف لا يصح وعند محمد يصح وبه يفتى وتبطل الوكالة بموت الموكل
وجنونه مطبقا قد تقدم انفا ان من الوكالة ما يجوز للموكل فيه ان يعزل الوكيل
من غير توقف على رضى احد ومنها ما لا يجوز ذلك فيه الا برضى الطالب ففي الاول
تبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا وبما سياتي ذكره في الكتاب
من اللحاق بدار الحرب مرتدا وغيره وفي الثاني لا تبطل بشئ منها لان التوكيل في
الثاني صار لازما لتعلق حق الغير به فلا يكون لدوامه حكم ابتدائه فلا يلزم بقاء
الامر لبقاء الوكالة بخلاف النوع الاول لان الوكالة فيه لما لم تكن لازمة كان
لدوامه حكم ابتدائه فيلزم بقاء الامر لبقائها توضيحه ان التوكيل عقد غير لازم
اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضاء من الجانبين وههنا ليس كذلك
لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل ان يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل ايضا
ان يمنع الوكيل عنها فلا لزوم وكل تصرف غير لازم فلدوامه حكم ابتدائه لان المتصرف

سبيل من نقضه في كل لحظة فصار كانه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينبغي
فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد ولا بد في ابتدائه من الامر فكذلك فيما هو
بمنزلته وقد بطل الامر بهذه العوارض فلا تبقى الوكالة من هؤلاء كما لم ينعقد منهم ابتداء
فان قيل البيع بالخيار عقد غير لازم مع انه لا يبطل بالموت بل يتقرر اجيب بان الاصل
في البيع اللزوم وعدمه لعارض الخيار فاذا مات بطل العارض وتقرر الاصل
الكل في العناية وقال في البزازية قولهم ينعزل الوكيل بجنون الموكل وموته
مقيد بالموضع الذي يملك الموكل فيه عزل وكيله فاما في الرهن اذا وكل الراهن
العدل او المرتهن ببيع الرهن عند حلول الاجل او الوكيل بالامر باليد لا ينعزل وان
مات الموكل والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بجنون الموكل وبموته والوكيل
بالطلاق ينعزل بموت الموكل استحسانا لا قياسا انتهى والذي ظهر من اطلاق قوله
والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل ان كل وكالة بالخصومة بالتماس الخصم
ولو كانت لازمة تبطل بموت الموكل وبجنونه وانما لم يبطل بها الوكالة اللازمة
وكالتان فقط احدهما الوكيل ببيع الرهن والثاني الوكيل بالامر باليد وهذا
خلاف ما ذكرناه من العناية لان المذكور فيه ان الوكالة اللازمة بانواعها لا تبطل
بموت الموكل ويمكن التوفيق بينهما ان مراد البزازية بقوله والوكيل بالخصومة بالتماس
الخصم هو الوكيل للطالب بالتماس الخصم لا الوكيل للمطلوب بالتماس الطالب
واللازم هو الثاني لا الاول فلا يلزم بطلان بعض الوكالة اللازمة بموت
الموكل وجنونه على ما ذكره في العناية ولا بد من حمل كلام المصنف على ما في العناية
وان اطلقه قال في البحر اعلم ان الوكالة تبطل بموت الموكل الا في بيع الوفاء
قال في جامع الفصولين باعه جائز الوكالة ثم مات موكله لا ينعزل بموته الوكيل
والبيع الجائز هو بيع الوفاء اصطلاحا انتهى وفي الخلاصة والوكيل بالبيع اذا مات
ينتقل حق القبض الى وصيه وان لم يكن له وصي يرفع الامر الى القاضي حتى ينصب
القاضي له وصيا ولا يكون حق القبض للموكل ولو كان البايع وكل رجلا بقبض
الثمن في حيوته كان حق قبض الثمن الى وكيله لا الى موكله قيد الموت والجنون
بالموكل وكذا الحال في موت الوكيل وجنونه لان الوكالة تبطل بموت الوكيل

وجنونه ايضا ولهذا لم يقيده في الكنز كما قيده المص بل قال يبطل الوكالة بموت احدهما
وجنونه مطبقا ولحوقه مرتدا وانما قيد الجنون بالاطباق لان قليله بمنزلة الاغماء
فلا يبطل الوكالة وحده اي حد الجنون المطبق شهر عند ابي يوسف اعتبارا بما سقط
به الصوم وهو الشهر وعنه انه اكثر من يوم وليلة اعتبارا بما يسقط به الصلوات
الخمس وهو رواية عن محمد ايضا وحول عند محمد اعتبارا بما يسقط به جميع العبادات
وهو المختار والاحوط ولحاقه اي الموكل بدار الحرب مرتدا خلافا لهما لابي حنيفة ان تصرفات
المرتد عنده موقوفة والوكالة من جملتها فتكون موقوفة ايضا فان اسلم نفذت وان
قتل مرتدا او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة ولهما ان تصرفات المرتد جائزة عندهما
فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل او يحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق ولو كان
الموكل امراة فارتدت فالوكيل لا ينعزل بارتدادها حتى يموت او يلحق بدار الحرب
لان ردتها لا تؤثر عقودها ان لا قتل عليها الا توكيلها بالتزويج فان ردتها
يخرج الوكيل به من الوكالة هكذا ذكره في الهداية ثم ذكر موت الوكيل وجنونه و
لحاقه بدار الحرب وسنذكره ايضا وكذا اي يبطل الوكالة بعجز موكله مكاتبا حال
من الوكيل يعني اذا وكل المكاتب ثم عجز عن الكتابة وحجره عطف على عجز موكله اي
اذا وكل العبد الماذون له رجلا ثم حجر العبد وافتراق الشريكين اي يبطل بافتراق
الشريكين ايضا يعني اذا وكل المكاتب ثم عجز او العبد الماذون له ثم حجر عليه وكان
التوكيل بالبيع او الشراء بطلت الوكالة وكذا اذا وكل احد الشريكين ثالثا بشيء مما
لم يله بنفسه فافترقا بطلت الوكالة لان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل
الامر بالعجز والحجر والافتراق ولا فرق في هذا بين العلم وعدمه لانه عزل حكمي
فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل وانما قيدنا توكيل المكاتب والعبد
الماذون بالبيع والشراء لانهما اذا وكلا بقضاء الدين او التقاضي لا يبطل هذه
الوكالة بالعجز والحجر لان العبد مطالب بايفاء ما وليه وله ولاية مطالبة استيفاء
ما وجب له فاذا بقي حقه بقي وكيله على الوكالة وقيدنا توكيل احد الشريكين بما
لم يله بنفسه لانه اذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء هو وليه بنفسه ثم افترقا
واقتسما واشهدا على انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم جاز

ذلك

ذلك عليهما لان توكيل احدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما
فلا ينعزل بنقضهما الشركة كذا في العناية نقلا عن المبسوط فان قيل ان ما ذكر في
العناية لم يفصل بين ما وليه بنفسه وبين ما لم يله فما الفارق بينهما اجيب عنه بان
احد المتفاوضين اذا وكل فيما وليه كان لتوكيله جهتان جهة مباشرته وجهة كونه
شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم يبطل الاخرى وهي مستندة الى
حال المفاوضة وتوكيل احدهما في حال المفاوضة كتوكيلهما فبقي في حقهما واذا وكل
فيما لم يله كان لتوكيله جهة كونه شريكا لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فيبطل في
حقهما جميعا وتبطل ايضا بتصرف الموكل فيما وكل به سواء كان من قبيل الاثباتات
او من قبيل الاسقاطات من البيع والشراء والتزويج والخلع والعتق والطلاق والكتابة
ونحوها لانه لما تصرف هو بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة لانقضا
ولا يشترط في الموت وما بعده من اللحاق والعجز والحجر والافتراق والتصرف علم الوكيل
لانه عزل حكمي قصدي يتوقف على العلم به واعلم ان كلا من الموت والجنون المطبق
واللحاق بدار الحرب مرتدا كما يبطل الوكالة من جانب الموكل كذلك يبطلها في جانب
الوكيل ايضا اما الموت والجنون فلان الوكيل بعروضهما لم يبق محلا للامر فلم يبق
الوكالة ايضا لان بقاءها ببقاء الامر فاذا بطل الامر بطلت هي ايضا واما اللحاق
بدار الحرب مرتدا فلانه اذا لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز ان يتصرف فيما وكل به الا ان
يعود مسلما فح يجوز تصرفه فيه لعود الوكالة قال في الهداية هذا عند محمد وقال
ابو يوسف فلا تعود الوكالة وان عاد مسلما لمحمد ان التوكيل اطلاق لانه رفع المانع
لانه كان ممنوعا شرعا عن التصرف في ملك موكله فاذا وكله رفع المانع الشرعي
والاطلاق باق وكيلا كالاول وهذا وان كان من قبيل تخصيص العلة لكن المخلص
معروف ولابي يوسف انه اثبات لانه التنفيذ للوكيل واثبات هذه الولاية يتصل
بالملك لانه تمليك والتمليك بلا ملك غير متصور فكان الوكيل مالكا للتنفيذ بالوكالة
وقد بطل الملك باللحاق فيبطل الولاية ايضا واذا بطلت الولاية بطل التوكيل
لئلا يتخلف العلة عن المعلول واذا بطلت لا تعود كملكه في المدبر وام الولد وقال
في العناية هذا الخلاف بين محمد وابي يوسف فيما اذا قضى القاضي بلحاقه واما اذا لم يقض

بذلك فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا ثم قال ولو عاد الموكل مسلما بعد القضاء بلحاقه
بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وعن محمد انها تعود كما في الوكيل
لان الموكل اذا عاد مسلما عاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت بقديم ملكه
فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه
بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته ووجه الفرق لمحمد على ظاهر الرواية
ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء بلحاقه وفي
حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق وابو يوسف سوى في عدم العود
بين الفصلين **كتاب الدعوى** هي اسم من الادعاء والفها للتانيث فلا تنون
على ما في المغرب حيث قال فيه ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعي وعمرو
المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به لغو والمصدر الادعاء والاسم الدعوى والفها
للتانيث فلا تنون يقال دعوى باطلة او صحيحة انتهى وقال في المصباح ادعيت
الشيء طلبته لنفسي والاسم الدعوى ودعوى فلان كذا الى قوله انتهى فعلم من هنا
ان تعديته الى المال بنفسه لا بالحرف ولذا قال صاحب المغرب قولهم المدعى به لغو
وانه يجيء في اللغة بمعنى الفعل الحكي وهو الطلب وبمعنى القول المخصوص ولهذا
قال في العناية هي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على
غيره وهي في اصطلاح الفقهاء مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته
كذا في العناية وهو الانسب بمعناها اللغوي بخلاف ما ذكره المص وسببها تعلق
البقاء المقدر للانسان بتعاطي المعاملات وشرطها حضور خصم ومعلومية
المدعى دينا او عينا وكونه ملزما على الخصم فان ادعى على غائب لم يسمع وكذا اذا كان
المدعى مجهولا لعدم امكان القضاء بالمجهول وحكمها وجوب الجواب على الخصم بالنفي
او الاثبات ان كانت صحيحة هي اخبار بحق له على غيره فيه ان الدعوى في عرفهم
ليس مجرد اخبار حق له على غيره بل هي اخبار عنه على وجه المطالبة والمخاصمة في
مجلس القاضي وهو شرط الدعوى كما في الاختيار والعناية كما ذكرناه ويدل على
ما ذكرناه دخول الخصومة في مفهوم المدعي والمدعى عليه على ما سيصرح به وما
ذكره المص يناسب ما ذكره في المصباح حيث قال فيه وقد يتضمن الادعاء معنى الاخبار

فتدخل

فتدخل الباء جوازا يقال فلان يدعي بكرم فعاله اي يخبر بذلك عن نفسه انتهى ولكن
هذا المعنى ليس بمراد في الدعاوى الشرعية والمدعي اسم فاعل من لا يجبر على الخصومة
اذا تركها والمدعى عليه من يجبر عليها وقد اختلفوا في تعريفهما واختار القدوري
وصاحب الهداية ما ذكره المص وقيل المدعي من لا يستحق بحجة من البينة او الاقرار
والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يلتمس
غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر والصحيح هو الاول لانتقاض كل من
الاخيرين بصورة على ما في الغاية ولا يصح الدعوى الا بذكر شيء علم جنسه وقدره
وقد ذكرنا انفا ان معلومية المدعى به شرط لصحة الدعوى فلا بد من ذكر ما
يعينه وهو بيان جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغير ذلك وبيان قدره
مثل كذا وكذا درهما او دينارا او كيلا او كرا لان فائدة الدعوى الالزام على الغير
باقامة الحجة والالزام في المجهول غير متحقق فان كان اي ما يدعيه دينا ذكر المدعي
انه يطالبه به اي بالدين لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه وذلك لان صاحب
الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف بان قال ذهبا
او فضة فان كان مضروبا يقول كذا وكذا دينارا او درهما جيدا او رديا او وسطا
اذا كان في البلد نقود مختلفة والا فلا حاجة الى هذا التفصيل قال في قاضيخان
رجل ادعى عند القاضي على رجل حقا فهو على وجوه اما ان يدعي دينا او عينا والعين
لا يخلو اما ان يكون منقولا او غير منقول والمنقول لا يخلو اما ان يكون قائما او هالكا
والقائم لا يخلو اما ان يكون غائبا او حاضرا اما اذا كان المدعى به دينا لا يصح الا بعد
بيان القدر والجنس والصفة عن ظهر القلب او بالكتب في صحيفة او بلسان الترجمان
او باشارته المعهودة ان كان اخرس وان ذكر هذه الثلاث ولم يذكر السبب فقال
المدعى عليه سله من اي وجه يدعي ليسأله القاضي عن ذلك فان ابى ان يبين ذكر
في عامة الروايات ان القاضي لا يجبره على بيان السبب وذكر الشيخ علي بن محمد
البزدوي ان القاضي اذا ساله عن السبب لا يجب عليه ان يجيب لان المدعي
قد يستحي عن بيان السبب او يشق عليه بيان ذلك فان بين المدعى عليه
وقال هذا المال الذي يدعي علي من ثمن خمر او ميتة قال ابو ح يصير مقرا بالمال

اذا كذبه المدعى في السبب وقال ابو يوسف ومحمد ان بين مفصولا فكما قال ابو ح وان بين
موصولا صح بيانه ثم قال فيه ايضا ادعى رجل على رجل دينا ولم يبين السبب
فشهد الشهود بالسبب جازت شهادتهم وان ادعى دينا بسبب وشهد الشهود
بالدين المطلق قيل لا تقبل شهادتهم كما لو ادعى ملكا بسبب فشهد الشهود بالملك
المطلق والصحيح انها تقبل وقال في البحر ان في دعوى الدين شروطا لحرى لم يذكرها
في المتون والشروح وهي ان دعوى الدين ان كان دعوى البضاعة والوديعة
بسبب الموت يوم موته وفي دعوى مال المضاربة بموت المضارب لا بد من
ذكر ان مال المضاربة يوم موته نقد او عرض لانه لو كان عرضا فله ولاية دعوى
قيمة العرض ولو ادعى مالا بكفالة لا بد من بيان المال انه باى سبب لجواز بطلانها
اذ الكفالة بعقد المراة اذا لم يذكر مدة معلومة لا تصح الا ان يقول ما عشت
او ما دمت في نكاحه والكفالة ببدل الكتابة لا تصح ولو ادعت امراة مالا على
ورثة الزوج لم تصح ما لم تبين السبب لجواز ان يكون دين النفقة وهي تسقط
بموته قال في الخامس عشر من دعوى البزازية وفي دعوى الدين على الميت
اذا ذكر انه مات قبل اداء شيء من هذا الدين وخلف من التركة في يد هؤلاء
الورثة ما يفي لقضاء هذا الدين وزيادة ولم يذكر اعيان التركة يسمع فيما عليه
الفتوى لكن لا يحكم باداء الدين على الوارث ما لم يصل اليه التركة على وجه يحصل
به الاعلام وفي دعوى الدين من الخلاصة التركة المستغرقة بالدين اذا جاء
غريم وادعى الدين فالخصم هو الوارث وللورثة حق استخلاص التركة بقضاء الدين
وكذا لاحد الورثة اذا امتنع الباقون ولو امتنع الكل عن الاستخلاص لا يجبرون
ولكن القاضي ينصب وصيا انتهى وان كان ما يدعى عينا نقليا ذكر المدعى انها في
يد المدعى عليه بغير حق وانه يطالبه بها لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وانه
يطالبه وقوله بغير حق لازالة رهن عنده او محبوس بثمن متاع وقيل لا حاجة
الى ذكر هذا لاغناء الطلب عنه كذا في البزازية ولا بد من احضاره اى العين مجلس
القضاء ان امكن الاحضار ليشار اليها عند الدعوى وعند الشهادة والحلف لان
الاعلام باقصى ما يمكن شرط في الدعوى نفيا للجهالة وذلك في المنقول بالاشارة

لان

لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف ذكر
الاوصاف فان الاشتراك يثبت فيها ممكن هذا فيما لا مؤنة في حمله والا ففيه اختلاف
لما في قاضيخان قال وان كان المدعى به منقولا عظيما لا يمكن نقله الا بمؤنة وضرر
نحو الخشب المعظم او الحجر الرخام والغنم الكثير والمكيل والموزون اختلفوا فيه
قال بعضهم ينقل الى مجلس القاضي ومؤنة النقل على المدعى عليه والصحيح ان القاضي
يبعث رجلا ليسمع الشهادة بحضرة المدعى به وشهودا معه فيشهد وان عند
القاضي ان شهود المدعى شهد والمدعى ثم يقضى القاضي للمدعى والذي بعثه
القاضي بسماع الشهادة لا يكون قاضيا فلا بد من القضاء بتلك الشهادة انتهى
وفي الخامس عشر من البزازية لا يصح دعوى الاحضار في الوديعة لان الواجب
فيها التخلية وقيل يصح وان تعذر اى احضار المدعى به او حضور القاضي مكانه
او ارسال النائب لعدم العلم بمكانها او لهلاكها يذكر المدعى قيمتها ليكون المدعى معلوما
باقصى ما يمكن لان العين لا يعرف بذكر الاوصاف وان بولغ فيها لامكان المشاركة
فيها وقال ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة وقال بعض
مشايخنا لا حاجة الى ذكرها لان المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة
فلا حاجة الى ذكرها ولابى الليث ان القضاء بقيمة المستهلك بناء على القضاء بملك
المستهلك عند ابى ح لان حق المالك قائم في العين المستهلكة عنده فاذا كان
كذلك لا بد من بيان المستهلك في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بماذا يقضي
فلا بد من ذكر الذكورة والانوثة قال في البحر نقلا عن المجتبى ان اشهدوا على سرقة
بقرة واختلفا في لونها تقبل الشهادة عنده خلافا لهما وهذه المسئلة تدل
على ان احضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى ولو شرط لاحضرت البقرة
ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة في لونها وهذه المسئلة الناس عنها غافلون
انتهى فلذا اشار المص الى الجواب عنه بقوله وان تعذر يذكر قيمتها فان الظ منه
ان احضار عين المنقول شرط عند عدم التعذر والا فذكر القيمة بمنزلة احضار
العين فلا دلالة في تلك المسئلة على عدم اشتراط الاحضار في المنقول
تحرير المسئلة على ما في قاضيخان ادعى على اخر عينا فهو على وجهين اما ان كان

العين هالكا او قائما فالقائم لا يخلو اما ان كان حاضرا في المجلس او غائبا فان ادعى
انه هالك فهذا دعوى الدين سواء لانه بعد الهلاك يدعي الضمان وهو المثل في
المثليات والقيمة في القيميات فلا تصح هذه الدعوى الا بعد بيان القدر والجنس
والنوع وان كان العين الذي يدعيه المدعي قائما حاضرا في المجلس لا بد ان يشير اليه
باليد فيقول هذا العين لي ولا بد للشهود ايضا ان يشهدوا بالملك ويشيروا بايديهم
الى المدعي والعين المدعى بها والاشارة بالراس لا يكفي الا اذا علم باشارته الاشارة
الى العين المدعى بها ولو قالا نشهد ان هذا العين له لا يكتفى بذلك ما لم يصرحوا
بالملك لان الشيء كما ينسب الى الانسان بالملك ينسب اليه ايضا بالاجارة فلا بد
من التصريح بالملك لقطع الاحتمال وان كان غائبا وادعى انه في يد المدعى عليه
فانكر فان بين المدعي قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته وان لم يبين القيمة
وقال غصب مني عينا كذا ولا ادري انه هالك او قائم ولا ادري كم كانت قيمته ذكر
في عامة الروايات انه تسمع دعواه فانه ذكر في كتاب الرهن اذا ادعى رجل على
رجل انه رهن عنده ثوبا هكذا وهو ينكر قال تسمع دعواه وذكر في الغصب اذا ادعى
على الآخر انه غصب منه عبدا او جارية وعينها واقام البينة على ذلك تقبل بينته ويحبس
حتى يجيء بها ويرد على صاحبها وان لم يبين قيمتها انتهى وهكذا في المحيط للسرخسي ايضا
فانه قال في كتاب الدعوى وان وقع الدعوى في عين غائب لا يعرف مكانه
بان ادعى رجل على الآخر انه اخذ منه ثوبا او جارية لا يدري انه قائم او هالك فان
بين الجنس والصفة والقيمة فدعواه مسموعة وبينته مقبولة وان لم يبين
القيمة اشار في عامة الكتب الى انها مسموعة فانه ذكر في كتاب الرهن اذا ادعى رجل
على الآخر انه رهن عنده ثوبا وهو ينكر قال تسمع دعواه وتقبل بينته وقال في كتاب
الغصب رجل ادعى على غيره انه غصب منه جارية واقام بينة عليها ادعى تسمع دعواه
وبينته انتهى فعلم منه انه قد يكتفى بذكر القيمة في دعوى الاعيان الغائبة لان في
دعوى قيمة الاعيان المستهلكة لانه لا بد فيها من بيان جنسه ونوعه وقدره لانه
كدعوى الدين وهل يلزم في دعوى قيمة الاعيان المستهلكة بيان الاعيان ايضا
ففي البزازية ودعوى قيمة الاعيان المستهلكة لا يصح الا ببيان الاعيان لجواز ان يكون

مثليا ويطالب بالقيمة وقال في النصاب لا يحتاج الى ذكر الاعيان لان الطالب المطالبة
بالواجب فلا يرد الدعوى بالاحتمال واعلم ان المصنف لم يفصل في المنقول بين دعوى
عين وعين ولا بد منه لما في الثالث من دعوى البزازية وفي دعوى الايداع
لا بد من بيان مكان الايداع سواء كان له حمل او لا وفي دعوى الغصب ان كان
له حمل ومؤنة لا يصح الا ببيان المكان وان لم يكن له حمل صح بدونه ودعوى التمر
والملح والحنطة والشعير لا تصح بالوزن بل لا بد من ذكر الكيل لانها من المكيلات
بالنص الا على الرواية التي جاءت ان الوزن في المكيل اذا تعارفوه يكون موزونا
لا النص كان باعتبار العرف وفي الذرة والملح يعتبر العرف ثم اعتبار الكيل في
المكيلات والوزن في الموزونات اذا لم يكن مشارا اليه لان الوزن والكيل في
المشار اليه لغو حتى لو ادعى موزونا او مكيلا مشارا اليه وذكر انه عشرة امناء
فاذا هو عشرون او اقل يقبل وفي الحنطة يصح الدعوى اذا ذكر الجنس والنوع اعني
سقية او بخسية ربيعية او خريفية والصفة اعني جيدة او ردية او وسط
والقدر بالكيل لانها من المكيلات وسبب الوجوب لاختلاف الاحكام باختلاف
الاسباب حتى ان السلم يحتاج الى بيان مكان الايفاء وفي ثمن المبيع لا يشترط بيان
مكان الايفاء ويذكر في السلم ايضا شرائطه وانتقاده في المجلس ولو قال بسلم
صحيح ولم يذكر الشرائط كان شمس الاسلام يفتي بالصحة وغيره لا لان شرائطه مما
لا يعرفه الا الخواص ومختلف فيه بعضها وفي المنتقى قال ببيع صحيح يكفي وعلى هذا كل ما
له شرائط كثيرة لا يكتفى فيه قوله بسبب صحيح واذا قلت الشرائط يكتفى به وقال
كفل كفالة صحيحة لا يصح عند شمس الاسلام كما في السلم ويذكر في القرض اقرضه
من مال نفسه لجواز ان يكون وكيلا في الاقراض عن غيره والوكيل في القرض
سفير فلا يملك الطلب ويذكر ايضا قبض المستقرض وصرفه الى حوائجه ليكون
دينا بالاجماع فان كونه دينا عند ابي يوسف موقوف على صرفه واستهلاكه
وقال صدر الاسلام ولا يشترط بيان مكان الايفاء في القرض ويتعين مكان
العقد وفي بيع العين يتعين مكان العقد للتسليم وقيل يتعين مكان المبيع
حتى لو باع برا في السواد يتعين بالسواد وتفصيل هذا النوع في الخامس عشر

من البزازية فليرجع اليه ثم اعلم ان الدعوى بسبب من الاسباب المذكورة من القرض والغصب
والشراء وغيرها مسموعة في طرف الاستحقاق وهل هو كذلك في الدعوى
بسبب الاقرار قالوا ان الدعوى بسبب الاقرار في العين والدين ان كانت في
طرف الاستحقاق لا تسمع وان كان في طرف الدفع تسمع ثم لما ذكر الدعوى في الدين
والعين النقلي شرع في بيان الدعوى في العقار فقال وفي العقار وهو في
عرف الشرع اسم للعرصة المملوكة مبنية او لا كالضيعة كذا في نفقات القهستاني
وخصه في العناية بالعرصة المبنية لا يحتاج الى قوله بغير حق وقيل يزيده ايضا
كذا في شرح النقاية واعلم ان المدعى به اذا كان عقارا فلا بد من ثلاثة اشياء
الاول تحديده للاعلام باقصى ما يمكن وهو في العقار بالتحديد وسيأتي
بيان التحديد والثاني ذكر المدعي ان ما ادعاه في يد المدعى عليه لانه انما ينتصب
خصما اذا كان ما يدعيه في يد المدعى عليه والثالث ذكر المدعي انه يطالبه لانه
المطالبة حقه فلا بد من طلبه كذا في العناية وكل من هذه الثلاثة مذكور في
الكتاب ايضا الاول فيما بعده والثاني والثالث فيما قبل فالان شرع في بيان
ان يد المدعى عليه باي شيء يثبت فقال ولا يثبت اليد اي يد المدعى عليه فيه اي
في العقار بتصادقهما بان قال المدعي انه في يد المدعى عليه وصدقه المدعى عليه
بخلاف المنقول فان اليد فيه يثبت بتصادقهما بلا حاجة الى البينة بل يثبت
ببينة بان شهدوا انهم عاينوا انه في يده حتى لو قالوا سمعناه لا تقبل لان
الشهادة بالسماع لم يجز فيه او علم القاضي نفيا لتهمة المواضعة لان العقار قد يكون
في يد غيرهما وهما يتواضعان على ان يصدق المدعى عليه المدعي بان العقار في يد
المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه حتى يتصرف فيه المدعى عليه فكان
القضاء فيه قضاء بالتصرف في مال الغير وذلك يفضي الى نقض القضاء
عند ظهوره في يد ثالث بخلاف المنقول فان اليد فيه مشاهدة فيكفي التصادق
واعلم ان ذكر اليد واثباته انما تلزم في دعوى العقار واما في الشهادة عليه
ففيه خلاف لما في شهادة البزازية شهدوا انه ملكه ولم يقولوا في يده بغير حق
يفتي بالقبول قال الحلواني اختلف فيه المشايخ والصحيح انه لا يقبل لانه ما لم يثبت انه في

يده

يده بغير حق لا يمكنه المطالبة بالتسليم وبه كان يفتي اكثر المشايخ وقيل يقضي في المنقول
ولا يقضي في العقار حتى يقولوا انه في يده بغير حق والصحيح الذي عليه الفتوى
انه يقبل في حق القضاء بالملك لا في حق المطالبة بالتسليم حتى قال هذا القائل
لو سأل القاضي الشاهد اهو في يد المدعى عليه بغير حق فقال لا ادري تقبل على
الملك نص عليه في المحيط هكذا ذكره في كتاب الشهادة ثم ذكر في نوع اثبات
اليد من كتاب الدعوى نقلا عن الصغرى ادعى على اخر ضيعة بانها له فاقر المدعى عليه
انها في يده وبرهن المدعي على انها ملكه فحكم الحاكم بالملك له لا يصح ما لم يثبت
اليد بالبينة او بعلم الحاكم ولو قال المدعى عليه ليس العقار في يدي يحلفه حتى
يقر فاذا اقر باليد يحلفه انها ليست ملكه حتى يقر بالملك للمدعي فان اقر به له يأمره
بترك التعرض لكن اذا اراد ان يبرهن على انها ملكه لا بد من تقديم البينة على انها
في يده لان المالك قد يبعد عن العقار عادة فامكن ان يتواضع اثنان ويقر
احدهما باليد ويبرهن الاخر عليه بالملك ويسامحه المدعى عليه في الشهود
ثم يدفع المالك عند قاض اخر معللا بحكم الحاكم الاول وهذه التهمة في المنقول
منتف لان يد المالك لا تنقطع عن المنقول عادة بل يكون في يده فاندفع ما قيل
في شرح الوقاية تهمة المواضعة ثابتة في الموضعين على السواء فيقضي في
المنقول باقراره باليد كما صرح به في جميع الكتب فظهر منه ان ثبوت اليد بالبينة
او علم القاضي في العقار انما هو لصحة القضاء بالملك بالبينة لا لصحة الدعوى كذا
في البحر لكن الظاهر من كلام المص انه لازم لصحة الدعوى ثم ذكر في نوع الخامس
عشر من دعوى البزازية ايضا ان المدعي انما يحتاج الى اثبات يد المدعى عليه في
دعوى العقار اذا ادعاه بالملك المطلق اما اذا ادعى الشراء منه واقراره بانه في
يده فانكر الشراء واقر بكونه في يده لا يحتاج الى اعادة البينة على كونه في يده
والفرق ان دعوى الفعل كما يصح على ذي اليد يصح على غيره ايضا فانه يدعي عليه
التمليك والتملك كما يتحقق من ذي اليد يتحقق من غيره ايضا فعدم ثبوت اليد
بالاقرار لا يمنع صحة الدعوى اما دعوى الملك فدعوى ترك التعرض بازالة اليد
وطلب ازالتها لا يتصور الا من صاحب اليد وباقراره لا يثبت كونه ذا اليد

لاحتمال المواضعة كما قررناه من قبل انتهى والحاصل ان اشتراط ثبوت اليد في العقار
انما هو في دعوى الملك المطلق اما في دعوى الشراء او الغصب فلا ثم اعلم ان الظاهر
من كلام المص هنا ومن غيره من المتون ان دعوى الملك المطلق في العقار صحيح وقد ذكر
في التناقض في اوائل دعوى البزازية ما يدل على عدم صحته بدون بيان السبب
حيث قال اعلم ان مشايخ زمانه ذكروا ان الشرط في دعوى العقار في بلاد
قدم بناؤها بيان السبب ولا يسمع فيه دعوى الملك المطلق بوجوه الاول ان دعوى
الملك المطلق دعوى الملك من الاصل بسبب الخطة ومعلوم ان صاحب الخطة
في مثل تلك البلاد غير موجود فيكون كذبا لا محالة فكيف تقضي به والثاني انه
لما تعذر القضاء بالمطلق لما قلنا فلا بد من ان يقضي بالملك بسبب وذلك اما بسبب
مجهول او معلوم فالمجهول لا يمكن القضاء به للجهالة والمعلوم لعدم تعيين المدعي اياه
والثالث ان الاستحقاق لو فرض بسبب حادث يجوز ان يكون ذلك السبب بشراء
ذي اليد من الحرثم يجوز ان يكون السبب سابقا على ملك ذي اليد فيمنع الرجوع
ويجوز ان يكون لاحقا فلا يمنع الرجوع فيشتبه وكل من هذه الموانع غير متحقق
في المنقول لعدم المانع من الحمل على التملك من الاصل انتهى في الصحيح احترازا عما قيل ان
اليد يثبت في العقار ايضا بالتصادق فللمدعي ان ياخذها من يده بعد ان يثبت
ملكيتها بالبينة او باقرار ذي اليد او نكوله ولا بد منه اي في دعوى العقار من ذكر
البلد والمحلة والحدود الاربعة في الدعوى والشهادة لان التعريف بتحصيلها
وفي ذكر الحدود يبداء بما شاء وقيل يبداء بالمغرب ثم المشرق ثم الشمال وقيل ذكر
المحلة والسوق غير لازم والمصر والقرية يلزم وفي البزازية ذكر السرخسي ادعى
محدودا وبين حدوده ولم يذكر انه ارض او كرم او عقار لا يصح وقال شمس الاسلام
انه يصح اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود ولو ادعى ساحة وذكر الحد ولا
الطول والعرض يصح وذكر شمس الاسلام وشمس الائمة اذا كان احد الحدود او جميعها
متصلا بملك المدعي لا يحتاج الى ذكر الفاصل بخلاف اتصاله بملك الغير والشجرة
لا تصلح فاصلا الا اذا احاطت بكل المدعى والمسناة تصلح وكذا النهر واعلم ان المعرح
اشار اليه ما ذكره محمد من انه يبداء من الاعم كالبلدة ثم المحلة ثم السكة خلافا لما قاله

ابوزيد من انه يبداء من الاخص كما في النسب ثم يرتقي الى الاعم وفي المحيط انه مخير
في البداء بالاعم او بالاخص واسماء اصحابها اي اصحاب الحدود ونسبهم الى الجد
فيقول في كل حد ينتهي الى ملك فلان بن فلان وقيل لم يشترط ذكر الجد وهو رواية
عن ابي يوسف والاول لان تمام التعريف بذكر الجد عند ح و في الرجل المشهور
مثل ح وابن ابي ليلى يكتفي بذكره اي بذكر اسم الرجل المشهور ولا حاجة الى ذكر النسب
من الاب والجد فان ذكر ثلاثة من الحدود وترك الرابع صح لوجود الاكثر خلافا
لزفر وان ذكره اي الرابع وغلط فيه لا يصح لانه يختلف بالغلط في الحد المدعى ولا
كذلك بتركها كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا
في الثمن لا يجوز شهادتهم لانه صار عقدا اخر بالغلط هذا اذا كان الغلط منه
في ابتداء الدعوى والشهادة بخلاف ما اذا ادعى المدعى عليه الغلط بعد القضاء
او قبل القضاء بعد جواب المدعي بان الدار ملكي فانه لا يسمع منه هذا الدعوى
على ما صرح به في فصل دعوى الدور من قاضيخان حيث قال فيه المدعى عليه
اذا ادعى بعد القضاء ان المدعي اخطاء في الحد الرابع لا يسمع دعواه وكذا لو ادعى
قبل القضاء بعد ما اجاب المدعي انها ملكي وفي يدي ثم ادعى انه اخطاء في
الحد الرابع لا يسمع دعواه وان شهدوا على حدين لم تقبل وعن ابي يوسف انها تقبل
اذا ادعى محدودا وذكر الحدود الاربعة وقال الشهود نحن نعلم حدودها اذا
ذهبنا اليها ونقف ثم ولكن لا نعرف جيرانها ولا اسامي جيرانها قال شمس الائمة الحلواني
ههنا مسائل ثلاثة احدها ان يقول المشهود لهذا المدعي دار في محلة كذا في سكة
كذا بلاصق دار فلان في رفيقه كذا غصبها منه هذا المدعى عليه وانها في يده
بغير حق ولم يذكروا حدودها او قالوا لا نعلم حدودها وجاء المدعي بشهود
اخرين فشهدوا بحدودها فان القاضي لا يقضي للمدعي لان الذين شهدوا بالملك
لم يشهدوا بالحدود والذين شهدوا بالحدود والدار لم يشهدوا انه بملك الدار وثانيها
لو قالت الشهود نحن نعلم حدودها احدها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا
لكن لا ندري ايوافق الحدود الذي سمينا دعوى المدعي وهل هذه الحدود حدود
تلك الدار فاذا تحملنا الشهادة بهذه الحدود سمي لنا حدودها هذه الحدود واقر البائع

بهذه الحدود لكن ما رايناها ولا سرونا بتلك المحلة ولا يسكنها واكثر مايكون تحمل الشهادة
على الدار والارض على هذا الوجه ليسمي البايع حدودها والشهود يتحملون الشهادة
بتعريف البايع وفي هذه المسئلة القاضي يبعث امينين الى الدار لينظر الى الدار ان
هذه الحدود هل هي حدود تلك الدار فان وافق قضى بها للمدعي اذا رجعا اليه وشهدا
عنده ان حدودها هذه الحدود وان خالف لا يقضي وثانيها اذا قال الشهود ان
لهذا المدعي دارا في محلة كذا نعرف حدودها اذا قمنا عند حيطانها ونشير ان
احد حدودها الى هنا والثاني الى هنا والثالث الى هنا والرابع الى هنا ولكنا لا نعلم
جيرانها فان هنا اذا اراد القاضي ان يقضي للمدعي يامر الشهود بان يذهبوا الى
الدار ويبعث معهم شاهدين او امينين من امنائه ويبينوا الحدود للامينين
ثم يتعرف الامينان جيرانها ويسالان اساميهم فاذا رجعوا الى القاضي وشهد
اميناه ان الشهود بينوا حدود الدار وانشاروا اليها وانا سعرفنا عن جيرانها
فوجدناها كذلك قال القاضي يقضي بشهادة الشهود الذين شهد وايملك الدار
للمدعي انتهى واذا صحت الدعوى بعد استجماع شرائطها سال القاضي الخصم عنها الا
عن الدعوى لتنكشف له وجه الحكم من الامر بالخروج عما لزمه بالحجة ومن جعل ماهو
بعرضية ان يصير حجة حجة قاطعة فان الشهادة على عرضية ان تكون حجة قبل
القضاء بها وبعده تصير حجة فان اقر الخصم حكم عليه بالخروج عما لزمه باقراره
لان الاقرار على نفسه حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء وانما القضاء للخروج عن
موجب الاقرار فان انكر سال المدعي البينة لقوله عم الك بينة فقال لا فقال
لك يمينه فان اقامها قضى بها لانتفاء التهمة عن الدعوى لترجح جانب الصدق
والا حلف الخصم ان طلبه خصمه لما روينا من قوله عم لك يمينه فان حلف
انقطعت الخصومة حتى يقوم البينة فيه اشارة الى ما قالوا من ان البينة بعد
التحليف مسموعة على ما صرح به في الفتاوى قال في الباب الثالث من شهادة
جواهر الفتاوى لو قال المدعي ليس لي شهود فحلف المدعى عليه ثم جاء بشهود فانه
تقبل في رواية وذكر في شرح الطحاوي ان المدعي اذا قال ليس لي بينة او قال
الشهود ما لنا شهادة ثم جاء المدعي بشهود او شهد الذي قال لا شهادة عندي

قال هنا عند اصحابنا في رواية لا تقبل للتناقض وفي رواية تقبل وهو الصحيح لان
التوفيق ممكن بان يقول كان لي شهود وكنت نسيته او يقول الشهود كذلك كانت
لنا شهادة وكنا نسينا ثم تذكرنا انتهى وفي الاستروشنية اسند القول
بالقبول الى الحج والقول بعدم القبول الى محمد واشار ايضا الى ان التحليف حق
القاضي حتى لو حلف المدعي المدعى عليه عند غير القاضي فهذا ليس بتحليف حتى
لو حلفه ثانيا عند القاضي فله ذلك والى انه لا بد من حضور الخصم عند
الدعوى لاقامة البينة ههنا
ان الانسان قد لا يكون خصما في البينة
ولا في اليمين ولو اقر ادعى انك اشتريت
هذا العبد من وكيلي فلان فاقر المشتري بالشراء والوكيل
غائب لا تقبل بينة المدعي انه وكيله بالبيع ولا يحلف المشتري به ولو اقر
لا يجبر عليه بالدفع ولكنه لو دفع جاز وقد لا يكون خصما في البينة ولا
في اليمين ولكنه لو اقر يجبر عليه كمن ادعى عبدا في يد رجل فانكر دعواه
فصالح رجل مع المدعي على دراهم ودفعها اليه على ان يكون العبد له ثم جاء
المصالح الى ذي اليد واقام بينة على ان العبد كان للمدعي واراد اخذه لم تقبل
بينته ولم يحلف عليه لكن لو اقر ذو اليد يؤمر بدفع العبد الى المصالح ويكون
المصالح بمنزلة المشتري وقد يكون خصما في اليمين لا في البينة كما اشترى
عبدا وقبضه ثم اقر انه لغير البايع فلان بن فلان وافقه الى المقر له ثم اقام
بينة انه كان للمقر له ليرجع بالثمن على البايع لم تقبل بينته ولكن له ان يحلف
البايع بالله ما كان للمقر له فان نكل برد الثمن وقد يكون خصما في البينة
دون اليمين وعلى هذا عشر مسائل واكثر منها ادعى عبدين في يد رجل
فانكر ثم صالحه من دعواه على احدهما بعينه ثم اقام بينة ان العبدين له ان
ياخذ الاخر ولو اراد ان يحلف ذا اليد ليس له ذلك وباقي المسئلة مذكور
في باب من شرط حضرته لسماع البينة من القنية فليطلب ثمة وان نكل عن
اليمين بان قال عند العرض لا احلف مرة او سكت اي بعد عرض اليمين عليه ولم يقل

لا الحلف بلا آفة من خرس او غيره فقضى بالنكول اى بسبب النكول او بسبب السكوت
وفيه اشارة الى ان النكول اعم من السكوت وفى الخلاصة نقلا عن الاقضية رجل
ادعى على آخر مالا فلزمه السكوت فلم يجب اصلا يؤخذ منه كفيل ثم يسأل جيرانه
عسى به آفة فى لسانه او سمعه فان اخبروا انه لا آفة به يحضر مجلس الحكم فان سكت
ولم يجب ينزل منكرا قال الامام السرخسى هذا قولهما اما عند ابى يوسف فيحبس الى
ان يجيب انتهى وفى البحر والفتوى على قول ابى يوسف وفى المجمع ولو قال لا اقر
ولا انكر فالقاضى لا يستحلف وفى البحر نقلا عن الشارح الزيلعى يحبس عند
البعض حتى يقر او ينكر وقالا يستحلف وفى البدايع الاشبه انه انكار صح القضا
عند العامة وهو الصحيح لانه بمنزلة الاقرار فلو قال بعد القضا انا احلف لم يلتفت
اليه وعرض اليمين على المدعى عليه فى صورة النكول ثلاثا بان يقول انى اعرض
عليك اليمين ثلاثا فان حلفت فيها والا قضيت عليك بما ادعاه ثم القضا احوط
اى ليس بامر لازم فى ظاهر الرواية وعنهما ان العرض ثلاثا لازم حتى لو قضى بعد
العرض مرة لا يصح واليه ذهب بعض مشايخنا ولا يرد يمين من جهة المدعى عليه
على المدعى عند نكول المدعى عليه خلافا للشافعى حيث جوز ذلك ولنا قوله عم
البينة على المدعى واليمين على من انكر ولا يحلف المنكر فى نكاح بان ادعى رجل
على امراة نكاحا او بالعكس وانكره الآخر لا يحلف المنكر وكذا فى دعوى
الرضاء بالنكاح او الامر به ولا فى رجعة بان ادعى احد الزوجين بعد
الطلاق والعدة انه راجعها فى العدة وانكرها الآخر فلا يحلف المنكر بخلاف ما
لو ادعى الرجعة فى العدة حيث يثبت الرجعة بقوله فى الحال وفى ايلاء بان
ادعى احد الزوجين على الآخر بعد مدة الايلاء انه فاء ورجع اليها فى مدته وانكره
الآخر فلا يحلف فان اختلفا قبل المدة ثبت الفئ بقوله واستيلاد بان ادعت
الامة على مولاها او على زوجها وكذا الحرة على زوجها انها ولدت هذا الولد منه
وانكره الزوج فلا يحلف وكذا لو ادعى الزوج او المولى عليها انها ولدت منه هذا
الولد لان بمجرد اقرارها الولادة يثبت النسب منه ولا يلتفت الى انكار المراة فلا
فائدة فى التحليف ورق بان ادعى على مجهول النسب انه عبده او ادعى المجهول ذلك

لان

لان هذه الدعوى من معروف النسب لا يصح ونسب بان ادعى على آخر انه ولده او والده
بلا دعوى حق وانكره الآخر فلا يحلف المنكر عنده وهل تقبل بينة المدعى عنده
ففى الزيلعى والبحر ينظر ان كان نسبا يثبت بالاقرار تقبل بينته مثل الولد والوالد
وان لم يثبت باقراره لا تقبل بينته مثل الجد وولد الولد والاعمام والاخوة
واولادهم لان فيه حمل النسب على الغير بخلاف دعوى المولى الاعلى او الاسفل
حيث تقبل وان ادعى انه معتق جده ونحو ذلك انتهى وولاء اى ولاء العتاقة
او الموالاة بان ادعى شخص على مجهول النسب او بالعكس انه بينهما ولاء العتاقة
او ولاء الموالاة وانكره الآخر فلا يحلف هذا كله عند الامام وعندهما يحلف
المنكر فى كل من هذه السبعة فاذا نكل يقضى بالنكول وبه يفتى واختاره الفقيه
ابو الليث وفى البحر اختار المتأخرون من مشايخنا ان القاضى ينظر فى حال
المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه اخذا بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه
اخذا بقول الامام ثم ذكره نقلا عن الاختيار ان عندهما كل نسب يثبت من
غيره دعوى المال كالبنوة والابوة والزوجية يستحلف عليه وكل نسب
لو اقر به لا يثبت الا بدعوى المال كالاخ والعم لا يستحلف الا اذا ادعى بسببه
مالا او حقا كدعوى الارث وعدم الرجوع فى الهبة ونحوه انتهى قال
وظاهره صحة الدعوى بنسب الاخ ونحوه وان لم يدع المال لانه انما نفى
الاستحلاف فقط وظاهر ما فى البزازية من الفصل العاشر فى دعوى
النسب والارث عدم صحة الدعوى بالاخوة المجردة ولهذا لو برهن لا تقبل لانه
فى الحقيقة اثبات البنوة على اب المدعى عليه والخصم فيه هو الاب لا الاخ
انتهى قلت المصرح فى المحيط والتاتارخانية هو المذكور فى البزازية ولا فى
حد ولعان هذا بالاتفاق ولهذا اتى الخلافية صورة الحد ادعى عليه القذف
فانكره لا يحلف وكذا لا يحلف المنكر فى حد الشرب على ما صرح به وفى حد
الزنا والسرقة تفصيل سيأتى ذكره وصورة اللعان ادعت المراة على الزوج
ما يوجب اللعان من القذف فانكره لا يحلف لهما فى الخلافية والاتفاقية ان
النكول اقرار عندهما لا دلالة على كذبه فى الانكار والاقرار لا يجرى فى هذه

الامور كلها فيعمل بالنكول فيها الا انه اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت فكان
حجة فيما لا يندرئ بالشبهات لا فيما يندرئ بالشبهات من الحدود المذكورة و
اللعان ولابي ح ان النكول بذل وقطع للخصومة بدفع ما يدعيه المدعي والبذل
لا يجري في هذه الامور المذكورة كلها فانه لو قال انا حر وهذا الرجل يوذيني
قد قصد نفسي اليه للاسترقاق او قال انا ابن فلان ولكن الحق لهذا ان يدعي
نسبي او قالت انا لست بامراته ولكن دفعت نفسي وابحت له الامساك لا يصح
فان قيل ان ابا ح ترك الحديث المشهور قوله ع م اليمين على من انكر بالراي وذا لا يجوز
اجيب بان ابا ح لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم يفد اليمين فائدتها
وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجري في تلك الامور سقطت كسقوط
الوجوب عن معذور لا يتحقق منه اداء الصلوة لفوات المقصود ثم اورد على كل
من الطرفين نقوض بمسائل ذكرت في شروح الهداية مع جوابها فارجع اليها
والذي ينبغي ان يذكر ههنا ما يجري فيه الاستحلاف وما لا يجري غير ما ذكره
المص ففي فتاوي قاضيخان الاستحلاف على ثلثة اوجه وجه يستحلف عند الكل و
هو القصاص والاموال ووجه لا يستحلف عند الكل وهو الحدود ووجه
لا يستحلف عند ابي ح ويستحلف عندهما وهي المسائل السبعة التي ذكرها المص
ثم قال وقالوا لا يحلف في واحد وثلثين خصلة بعضها مختلف فيه وبعضها
متفق عليه وعد منها السبعة المذكورة ومنها اذا ادعى رجل او امراة على رجل
انه قذفه لا يحلف المنكر في قولهم ومنها اذا ادعى الزنا لا يحلف الا اذا تضمن
حقا بان علق عتق عبده بالزنا بان قال ان زنيت انا فانت حر فادعى العبد
انه قد زنى بعد حلفه ولا بينة للعبد على زنى المولى والمولى منكر للزنا له ان
يستحلف المولى حتى لو نكل بعد الاستحلاف حكم القاضي بالعتق دون الزنا على ما
ذكره صدر الشهيد ومنها اذا ادعى السرقة وانكر لا يحلف في حق القطع ولكن
يحلف في حق ضمان المال على ما سيأتي بيانه ومنها رجل ادعى على رجل ان
المدعى عليه تزوج ابنة فلانة منه وهي صغيرة فانكر الاب وطلب المدعي يمينه
ان كانت البنت صغيرة وقت الخصومة لا يستحلف الاب عند ابي ح لوجهين احدها

انه

انه لا يرى اليمين في النكاح والثاني ان اليمين للنكول وعنه اذا اقر الاب على ابنته
الصغيرة بالنكاح لا يصح اقراره وعند ابي يوسف ومحمد يستحلف الاب لانه
لو اقر عليها بالنكاح يصح اقراره عندهما وان كانت كبيرة وقت الخصومة
لا يستحلف الاب عند الكل اما عند ابي ح فلما ذكرنا واما عندهما فلانها اذا كانت
كبيرة كان الاب بمنزلة الوكيل والوكيل بالنكاح لا يتوجه عليه الخصومة
فلا يستحلف ومنها رجل ادعى على رجل انه زوج منه امته فلانة على مائة درهم
فانكر المولى لا يحلف المولى عند ابي ح ويحلف عندهما ومنها رجل ادعى على رجل
ان فلانا مات واوصى اليك ولي عليه دين فانكر المدعى عليه الايصاء
او اقر بالايصاء وانكر الدين لا يمين عليه عندهم ومنها رجل ادعى على رجل ان
فلانا وكلك بطلب حقوقه وكالة عامة ولي على موكلك كذا فانكر المدعى عليه
الوكالة او اقر بالوكالة وانكر الدين لا يحلف كالوصي ومنها رجل في يديه شئ
من الاعيان فقدمه رجلان الى القاضي وادعى كل واحد منهما انه اشتراه من ذي
اليد بكذا فاقر المدعى عليه لاحدهما بعينه انه باعه منه وانكر للاخر فقال الاخر
للقاضي حلف المدعى عليه لي انه لم يبع مني فانه لا يحلفه وكذا لو انكرهما فحلفه القاضي
لاحدهما فنكل وقضى عليه بالنكول ثم قال الاخر حلفه لي فانه لا يحلفه ومنها
لو ادعيا على رجل الهبة مع التسليم اليها فاقر ذو اليد الهبة لاحدهما بعينه وطلب
الاخر يمينه لا يحلف وكذا لو حلف لاحدهما فنكل فقضى له لا يحلف للاخر ومنها
لو ادعى احدهما الرهن والتسليم والاخر الشراء فاقر بالرهن وانكر البيع لا يحلفه للمشتري
ومنها لو ادعى احدهما الاجارة والاخر الشراء فاقر بالاجارة وانكر البيع لا يحلف
لمدعي الشراء ويقال لمدعي الشراء ان شئت تنتظر حتى تنقضي مدة الاجارة وان
شئت تفسخ ومنها لو ادعى احد الرجلين الصدقة والقبض والاخر الشراء فاقر باحد
الامرين لا يستحلف للثاني ومنها لو ادعى كل واحد منهما الاجارة فاقر لاحدهما او حلف
ونكل لا يحلف للاخر بخلاف ما اذا ادعى كل منهما على ذي اليد الغصب منه فاقر
لاحدهما او حلف لاحدهما فنكل فانه يحلف للثاني كما لو ادعى كل منهما الايداع فاقر
لاحدهما يحلف للثاني وكذا الاعارة ومنها اذا ادعى البايع على الوكيل بالشراء رضى

الموكل بالعيب لم يحلف الوكيل بالشراء حين اراد الرد بالعيب على البايع ومنها رجل مات
فادعى رجل ان الميت فلانا اوصى الي والى هذا الذي قدمته اليك فانكر الذي
قدمته فسال المدعي من القاضي يمينه فان القاضي لا يحلف وكذلك الوكالة
ومنها امراة بالغة زوجها وليها وهي بكر فادعى الزوج انه زوجها برضاها
فانكرت المراة لا تحلف هي في قول ابي حنيفة ومنها امراة زوجها وليها من رجل
وقبل النكاح عن الرجل اجنبي وادعى انه وكيل الزوج بالنكاح ثم انكر الزوج الوكالة
وقال ما كنت وكلته ولا رضيته واردت المراة تحليفه لا يحلف الرجل في قول
ابي حنيفة ومنها رجل استصنع رجلا في شيء ثم اختلفا في المصنوع فقال المستصنع
لم تفعل ما امرتك وقال الصانع فعلت قالوا لا يمين فيه لاحدهما على الاخر ومنها
لو ادعى الصانع على رجل انك استصنعت الي في كذا وانكر المدعى عليه لا يحلف ومنها
لو ادعى انه وكيل عن الغائب بقبض دينه وبالخصومة فانكر المديون لا يحلف المديون
عند ابي حنيفة ويحلف عندهما على ما ذكره بعض مشايخنا وقال بعضهم يحلف في قولهم
جميعا ومنها رجل قدم رجلا الى القاضي وقال ان فلان بن فلان الفلاني مات
ولم يترك وارثا غير هذا وله على هذا الرجل الذي قدمته كذا وكذا من المال
وقال للقاضي سله عما ادعيت اجابه القاضي فان ساله فكذبه المدعى عليه
في جميع ذلك فقال المدعي للقاضي حلفه بالله ما يعلم انه ابن فلان بن فلان
ولا يعلم ان فلانا مات قال الخصاف روي عن اصحابنا لا يستحلف لكن يقال
للمدعي اقم البينة على موت فلان وانك ابنه فاذا اقمت البينة على ذلك فبعده
احلفه على ما تدعي لابيك من المال ثم قال الخصاف وفيها قول اخر انه يستحلف
على العلم كما طلب المدعي فقال بعضهم ما ذكره الخصاف انه يستحلف قول ابي يوسف ومحمد
وما ذكره انه لا يحلف قول ابي حنيفة الكل في قاضيخان وزاد عليه في البحر مسئلتين
احدهما ان البايع اذا انكر قيام العيب للحال لا يحلف عند الامام ولو اقر به لزمه والثاني
ان الشاهد اذا انكر رجوعه لا يستحلف ولو اقر به يضمن ما تلف وذكر نقلا
عن الاسبيجابي ولا يستحلف الاب في مال الصبي ولا الوصي في مال اليتيم
ولا المتولي للمسجد والاوقاف الا اذا ادعى عليهم العقد فانهم يستحلفون حينئذ

وقال في استحلاف القنية وكثير من المواضع يكون القول فيه قوله بلا يمين وسنذكره
في الحالف وقال في الدرر النيابة تجري في الاستحلاف حتى يجوز ان يكون
شخص نائبا عن اخر له حق على غيره في طلب اليمين على المدعى عليه اذا عجز عن البينة
لا الحلف حتى لا يجوز ان يكون شخص نائبا عن شخص توجه عليه اليمين ليحلف
من قبله فالوكيل والوصي والمتولي وابو الصغير يستحلفون ولكنهم لا يحلفون
الا اذا صح اقرارهم على الموكل والاصيل كالوكيل بالبيع او الخصومة في الرد بالعيب
والسارق يحلف يعني اذا ادعى على رجل سرقة واراد اخذ المال منه وانكره الرجل
يحلف بالله ما له عليك المال الذي ادعاه لان المال يثبت بالشبهات فجاز ان
يثبت بالنكول عن اليمين بخلاف ما اذا ادعى عليه القطع حيث لا يحلف لما مر انه
لا تحليف في الحدود وعن محمد انه يقول القاضي للمدعي ماذا تريد بالدعوى
فان قال القطع يقول له القاضي الحدود لا يستحلف فيها وان قال اريد المال
يقول له دع دعوى السرقة وابعث على دعوى المال فان نكل ضمن ولا يقطع
لان النكول انما لم يقبل في الاول دون الثاني لما فيه من الشبهة والحدود لا تثبت
بالشبهة ويحلف الزوج اذا ادعت المراة طلاقا قبل الدخول فان نكل ضمن
نصف المهر لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم سيما اذا كان المق
هو المال وكذا اي يحلف الزوج في النكاح ان ادعت المراة في ضمن دعوى
النكاح مهرها ونفقتها لان ذلك دعوى المال فان نكل لزم المال دون
النكاح وكذا يحلف المنكر في دعوى النسب اذا ادعى حقا كالارث ونفقة
وغيرها قال في قاضيخان رجل ادعى على رجل انه ابوه او ابنه فانكر
المدعى عليه قال ابو حنيفة لا يمين على المنكر الا ان يدعي عليه مالا بسبب النسب
كالميراث والنفقة اذا كان ممن يستحق النفقة فيستحلف على المال وعندهما
ان ادعى نسبا يثبت باقراره يستحلف المنكر ادعى عليه مالا او لم يدع وان ادعى
نسبا لا يثبت باقراره كالاخوة والعمومة ونحوها ان ادعى مالا يسمع دعواه
ويستحلف المنكر وان تجرد عن دعوى المال لا يستحلف المنكر وما يصح باقرار
الرجل من النسب اربعة الاب والولد والمراة ومولى العتاقة واقرار المراة يصح

بثلثة الاب والزوج ومولى العتاقة ولا يصح اقرارها بالولد لانه اقرار على الزوج
فلا يصح لانه اقرار على الغير وان ادعى مالا بسبب بان ادعى بان اباها مات
وترك مالا في يد المدعى عليه او ادعى انه ذمي والمدعى عليه موسر والمدعى عليه
ينكر الاخوة يستحلف المنكر على المال عند الكل لا على النسب فيستحلف بالله ما يعلم ان
له في هذه الدار نصيبا كما يدعي فان حلف برئ وان نكل يقضي عليه بالمال
لا بالنسب وجنس هذه المسائل اربعة احدها الميراث والثانية النفقة والثالثة
اذا ادعى حق الحفظ والحضانة بان قال لمن التقط صغيرا لا يعبر عن نفسه
ان هذا الصغير الذي التقطه اخي وانكر الملتقط والرابعة اذا ادعى بطلان
حق الرجوع بان وهب لانسان هبة ثم اراد ان يرجع فيها فقال الموهوب له انا
اخوك وانكر الواهب يستحلف الواهب والحاصل انه اذا ادعى بسبب النسب مالا
او حقا لازما كان المقصود اثبات ذلك الحق دون النسب فيستحلف عند الكل انتهى
فظهر منه ان محل النزاع بين ابح وصاحبيه في مسئلة النسب هو النسب
الذي يثبت باقراره كالابوة والبنوة واما النسب الذي لا يثبت باقراره كالاخوة
ونحوها فهو اتفاقي بينهم حيث ان ادعى فيه مالا او حقا يستحلف المنكر فيه بالاتفاق
والا فلا يستحلف بالاتفاق بقي ههنا مسئلة لم يذكرها النص وهي هل تقبل بينة
مدعي النسب اولا تقبل ففي دعوى النسب من دعاوى البزازية ادعى على اخر انه اخوه
لابيه ان ادعى ارثا او نفقة وبرهن تقبل ويكون قضاء على الغائب ايضا حتى
لو حضر الاب وانكر لا تقبل ولا يحتاج الى اعادة البينة لانه لا يتوصل اليه الا باثبات
الحق على الغائب وان لم يدع مالا بل ادعى الاخوة المجردة لا تقبل بينته لان هذا في
الحقيقة اثبات البنوة على اب المدعى عليه والخصم فيه هو الاب لا الاخ وكذا لو ادعى
انه ابن ابنه او ابو ابيه والابن والاب غائب او ميت لا يصح ما لم يدع مالا فان ادعى
مالا فالحكم على الحاضر والغائب جميعا كما مر بخلاف ما اذا ادعى على رجل انه ابوه او ابنه
او على امراة انها زوجته او ادعت عليه انه زوجها او ادعى العبد على عربي انه مولاه
عتاقة او ادعى عربي على اخر انه معتقه او ادعت المراة على رجل انها امته او كان
الدعوى في ولاء الموالاة وانكر المدعى عليه فبرهن المدعي على ما قال تقبل ادعى به

حقا او لا بخلاف دعوى الاخوة لانه دعوى على الغير الا يرى انه لو اقر بانه ابوه او
ابنه او زوجها او زوجته صح وبانه اخوه لا يكون حمل النسب ودعوى المراة
على اخر انه ابنها يسمع استحسانا وعن ابي يوسف ومحمد انه لا يسمع وهو القياس
انتهى والذي ظهر منه انه ان ادعى نسبا يثبت باقراره تقبل بينته بالاتفاق
ادعى حقا او لم يدع وعدم استحلاف المنكر فيه بدون دعوى الحق عند ابي ح
لا يضر قبول بينة المدعي بدون دعوى الحق اذ ليس فيه حمل النسب على الغير وان ادعى
نسبا لا يثبت باقراره لا تقبل بينته بدون دعوى الحق بالاتفاق كما يستحلف
فيه بدون دعوى الحق ومما ينبغي ان يعلم ههنا ان دعوى الابوة والامومة
والبنوة والزوجية من الرجل او المراة وولاء العتاقة من المولى او من العبد وولاء
الموالاة ما يثبت باقراره تقبل البينة بلا حاجة الى دعوى المال او الحق ولا يعتبر
فيها التناقض حتى لو نفاه ثم ادعى سمع وتقبل بينته واما دعوى الاخوة والعمومة
ودعوى بنوة الابن وابوة الاب وابوة الام وبنوة الاخت وبنوة الاخ والخال
والخالة كلها ما يثبت باقراره ولابد في صحة هذه الدعاوى واقامة البينة عليها
من دعوى المال او الحق ويعتبر فيها التناقض على ما صرح به في البحر لانهم ارجعوها
الى دعوى المال فكما يعتبر التناقض في دعوى المال كذلك يعتبر ايضا في هذه
الدعاوى وهل دعوى بنوة العم والخال كذلك حتى يعتبر فيه التناقض او مثل
دعوى الابوة والبنوة حتى لا يعتبر فيها التناقض ففي الزيلعي والبحر انها مثل دعوى
الاخوة في اشتراط دعوى المال او الحق حيث قالا وان لم يثبت النسب بالاقرار
لا تقبل بينته مثل الجدود وولد الولد والاعمام والاخوة واولادهم لان فيه
حمل النسب على الغير انتهى وقد ذكرناه من قبل ايضا وفي المحيط السرخسي ما يدل
على ان دعوى بنوة العم مثل دعوى الابوة في عدم اشتراط دعوى المال او الحق
في صحتها معللا بان الغائب في دعوى بنوة العم النسب فلا يشترط فيها دعوى
المال او الحق وفيه نظر سياتي في اقرار المريض وكذا يحلف المنكر في دعوى
القصاص يعني ادعى على اخر قصاصا في النفس او الاطراف فانكره يستحلف
المنكر بالاجماع فان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف وفيما دونها يقتص عند

الجح وعندهما يضمن الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما من حيث انه لم يصرح
الاقرار فلا يثبت به القصاص ويثبت به المال كما لو اقر بالخطاء والولي يدعي
العمد فاشبه الخطاء في كون امتناع القصاص من جانب من عليه بخلاف ما اذا
اقام على القصاص رجلا وامرأتين او الشهادة على الشهادة حيث لا يقضى بها شيء
من القصاص والمال لان الحجة قامت على القصاص لكن تعذر استيفاؤه من جانب
من له الاستيفاء فلم يشبه الخطاء فلا يجب شيء ولا تفاوت في هذا المعنى
بين النفس والاطراف والفرق بين هذا وبين السرقة حيث ثبت المال فيها بعد
انتفاء القطع لشهادة رجل وامرأتين كما يجب بالنكول وهنا يثبت بالنكول
دون الشهادة ان الاصل في السرقة المال والقطع بطريق التعدي منه اليه
واذا لم يتعدى بقي على الاصل وهنا الاصل المشهود به هو القصاص ثم يتعدى
منه الى المال اذا وجد شرطه ولم يوجد في صورة شهادة رجل
وامرأتين لعدم شبهها بالخطاء ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
لانها خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجري فيها البذل حتى لو قال اقطع يدي فقطعها
لا يجب الضمان لعمل البذل بخلاف الانفس حيث لا يجري فيها البذل حتى لو قال
اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية وبالدية في اخرى فان قيل لو كانت
يسلك بها مسلك الاموال لجاز قطع يده من غير اثم اذا قال اقطع يدي قلنا
انما لا يباح لعدم الفائدة حتى لو كان القطع مفيدا كالقطع للآكلة وقلع السن
للوجع لا يأثم بفعله وما نحن فيه وهو البذل بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة
به فيكون مباحا فان قيل قد مر في السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول قلنا
ان الاطراف انما سلك بها مسلك الاموال في حقوق العباد لاحتياجهم
فيثبت بالشبهات كالاموال والقطع في السرقة خالص حق الله تعالى
وهو لا يثبت بالشبهات وفي البحر نقلا عن الخانية ان في كيفية التحليف
في القتل روايتين في رواية يستحلف على الحاصل بالله ما له عليك دم
ابنه فلان ولا دم عبده فلان ولا دم وليه فلان ولا قبلك حق بسبب
هذا الدم الذي يدعي وفي رواية يحلف على السبب بالله ما قتلت فلان بن فلان

عمدا وفيما سوى القتل من القطع والشجة ونحو ذلك يحلف على الحاصل بالله ما له
عليك قطع هذا اليد ولا له قبلك حق بسببها وكذلك في الشجاج والجراحات
التي يجب فيها القصاص وان قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب يمين خصمه لا يحلف
عند الامام وقال ابو يوسف انه يحلف وقول محمد مضطرب وفي شرح النقاية والصحيح
قول الامام لابي يوسف ان اليمين حقه لما روينا مرفوعا الك بينة فقال لا فقال
لك يمينه فاذا طالبه بحقه يجيبه به وللامام ان ثبوت الحق في اليمين مرتب
على العجز عن اقامة البينة بما رويناه فلا يكون حقه دونه ومحمد لما رأى الوجهين
متعارضين اضطرب قوله في رواية الخصاف مع ابي يوسف وفي رواية الطحاوي
مع الامام وانما قيدنا الحضور بالمصر لانه لو كان حاضرا في مجلس القضاء
لا يحلف بالاتفاق وانما الخلاف فيما ذكرناه كذا في البحر وفيه ايضا انه لو قال
لي بينة غيب مسيرة سفر يحلف بالاتفاق ثم لو حضروا قبلت شهادتهم وان
شرط عدم سماعهم عند التحليف وكذا لو قال لا بينة لي واستحلف ثم حضر له بينة
تقبل على الصحيح وقد تقدم من قبل ويكفل اي يطلب كفيلا استحسانا بنفسه
نظرا للمدعي وله ان يطلب وكيلا بالخصومة وصح ان يكون الواحد وكيلا بالخصومة
وكفيلا بالنفس لان الواحد يقوم بهما اطلق في الخصم حيث اضاف النفس اليه
فشمل من كان وجيها وحقيرا والمدعي فقيرا او بالعكس على ما هو الصحيح وعن
محمد ان المدعى عليه اذا كان معروفا وجيها لا يخفى شخصه بذلك القدر لا يجبر
على ذلك وان سمحت نفسه بذلك يؤخذ ثلاثة ايام على ما روي عن الامام
وروي عن ابي يوسف انه يكفل الى ان حبس القاضي مجلسا آخر ولو سبعة ايام
قيل هو الارفق وقيل هذا في الزمن الاول واما في زماننا فالارفق هو الاول
لان في زماننا يجلس كل يوم بلا فصل وصححه في الهداية فان ابى عن اعطاء الكفيل
لازمه كيلا يضيع حقه ودار معه حيث دار تفسير للملازمة فاذا دخل داره يجلس
بابه ولا يمنعه عن الوضوء والغسل والغداء والعشاء والعمل الا اذا ادى مؤنته
واعلم ان التكفيل والملازمة عند الاباء عنه فيما اذا قال لي بينة حاضرة واما اذا قال
لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل ولا يؤمر بالملازمة لعدم الفائدة فيه لان

الفائدة هي الاحضار عند حضور الشهود ولا شهود له بل يحلف وفي كلام المص
اشارة اليه ثم هذا اذا كان المدعى عليه مقيما وان كان غريبا اي مسافرا يكفل او يلازم
قدر مجلس القاضي من اوله الى اخره اذ في الزيادة عليه ضرر منع السفر وفي
قاضيخان ان المسافر لا يكفل بل يوجل الى اخر المجلس وفي الخزانة انه يكفل يوما ثم ان
اقام المدعي البينة في المدة المضروبة فيها والا يحلف او يدعه وفي البزازية
لو كان المدعى عليه مسافرا وعرف منه ذلك لا يكفل بل يؤجل الى اخر المجلس فان
برهن فيها والا خلى سبيله ولو قال انا اخرج غدا او الى ثلثة ايام يكفله الى وقت
الخروج وان انكر الطالب خروجه نظر الى ثيابه او بعث من يثق به الى رفقائه فان قالوا
اتخذ الخروج معنا يكفله الى وقت الخروج انتهى ثم شرع في بيان كيفية اليمين فقال
واليمين بالله تعالى لا بغيره لقوله عم من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر
لا بطلاق وعتاق في ظاهر الرواية لما روينا وقيل ان الح الخصم صح بهما في زماننا
لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى لكنهم قالوا ان نكل عن اليمين بهما لا يقضى عليه
بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا ولو قضى به لم ينفذ القضاء على ما في العناية
وفي البزازية التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه اكثر مشايخنا
وان مست الضرورة يفتى بان الراي الى القاضي فلو حلفه بالطلاق فنكل وقضى
بالمال لا ينفذ ثم قال وان حلف بالطلاق ثم برهن المدعي على المال ان شهدوا على
الاقراض لا يفرق بينه وبين امراته لان بقاء الدين بالاستصحاب والحلف
كان على عدم قيام الدين وقيام الدين لم يثبت بدليل يكون حجة وان شهدوا على
قيام الدين فان قالوا له عليه كذا وقضى به القاضي يفرق بينه وبين امراته انتهى
قلت لو قال والحلف لم يكن على قيام الدين لكان اولى وتغلظ اليمين بذكر صفاته تعالى
بلا عاطف لئلا يتكرر وذلك بان يقول والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة
او بالله الرحمن الرحيم الذي يعلم السر والخفا ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا
المال الذي ادعاه ان شاء القاضي لان حق المدعي هو اليمين لا التغليظ بل هو الى
القاضي ان راى فيه مصلحة تغلظ بما شاء من صفاته تعالى وقيل ينظر الى حال المدعى
عليه ان عرفه بالصلاح لا تغلظ بل يكتفي بذكر اسم الله تعالى ولا يذكر الصفة

وان

وان عرفه على غير ذلك تغلظ فيذكر الاسم والصفة معا ويبالغ فيه وقيل ينظر الى
حال المدعى به ان كان مالا خطيرا تغلظ وان كان حقيرا لا تغلظ ويحترز من التكرار
وذلك بذكر حرف العطف او غيره لان المستحق يمين واحد وهل يكتفى بيمين احد الورثة
او يحلف كل منهم ففي الفصل السادس عشر من العمادية لا يكتفى بل يحلف كل واحد
مستقلا حيث قال لو ادعى على ميت مالا وله ورثة فله ان يحلف الورثة كلهم على
علمهم ولا يكتفى بيمين احدهم انتهى لا تغلظ المسلم كذا في العناية بزمان او مكان
اي في الوقت الشريف كاول الجمعة او ليلة القدر مثلا او في المكان الشريف
كبين الركن ومقام ابراهيم مثلا لان المقصود تعظيم المقسم به وقد حصل ذلك بدونهما
وفي ايجابه حرج على القاضي بحضوره فيهما ويحلف اليهودي بالله الذي انزل التورية
على موسى عم والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عم والمجوسي بالله الذي
خلق النار لانه تغلظ على كل احد بذكر معتقده ومعتقدهم هكذا وعن ابي ح انه
لا يستحلف احدا الا بالله خالصا والوثني بالله وسائر المشركين كذلك لانهم قالوا
ما نعبدهم الا ليقربونا الى الله زلفى فلا تغلظ بضم الغير ولا يحلفون في معابدهم
لان القاضي لا يحضرها لما فيه من التعظيم المنهي عنه ويحلف على الحاصل شروع في بيان
نوع اخر من كيفية اليمين وهو اليمين على الحاصل او السبب والضابط في ذلك
ان السبب اما ان كان مما يرتفع برافع او لا فان كان الثاني فالتحليف على السبب بالاجماع
وان كان الاول فان تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف
على الحاصل عند ابي ح ومحمد وعلى السبب عند ابي يوسف الا اذا عرض المدعى عليه برفع
السبب على ما سيأتي بيانه في البيع والنكاح بالله ما بينكما بيع او نكاح قائم في
الحال يعني اذا ادعى المشتري الشراء منه وانكر البائع يحلف البائع بالله ما بينكما بيع
في الحال ولا يحلف بالله ما بعت منه لانه قد يباع العين ثم تقال فيه فيحلف على
الحاصل حذرا عن الاقالة وفيه تفصيل سنذكره واذا ادعت المراة مهرها
او نفقتها في ضمن دعوى النكاح يحلف بالاتفاق بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال
ولا يحلف ما نكحت لانه قد يتزوج ثم يخالع ومن في الطلاق ما هي باين منك الان
ولا يحلف ما طلقت لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل وعلى الحاصل

هذا اذا ادعت الطلاق البائن وان ادعت الرجعي يحلف على السبب في رواية وعلى الحاصل
في رواية وفي البزازية ادعت على زوجها انه طلقها رجعية يحلف بالله ما هي
طالق منك الساعة وان ادعت البائن ففي ظاهر الرواية بالله ما هي بائن منك
الساعة بواحدة او ثلاث على حسب الدعوى او بالله ما طلقها البائن او الثلاث
في هذا النكاح المدعى ولا يحلف ما طلقها ثلاثا مطلقا وكذا لو لم تدع ولكن شهد واحد
عدل او جماعة فساق بالبائن يحلف على الحاصل لو ادعت انها سالته الطلاق
فقال لها امرك بيدك فاختارت بذلك التفويض نفسها وحرمت عليه وانكر الزوج
الامر بالاختيار لا يحلفه على الحاصل بالخلاف ويحلف على السبب ويحتاط فيه
له ويحلف بالله ما جعلت امرها بيدها منذ آخر تزوج تزوجها بعد سؤالها
الطلاق ولا علمت انها اختارت نفسها بذلك التفويض في مجلس التفويض لجواز
الايقاع بالتفويض والتزوج بعده فلو اطلق لم يتمكن الزوج من الحلف فلو اقر الزوج
بهذا ثم ادعى النكاح لا يصدق بلا بينة وقال ابو يوسف انه يحلف على الامر والاختيار
كما لو ادعت المراة الا اذا عرض وقيل عند الكل يحلف كما ادعت فان اقر بالامر وانكر
الاختيار يحلف على عدم العلم بالاختيار انتهى ثم ذكر هنا في التحليف في مسئلة
البيع تفصيلا بما حاصله ان المدعي في البيع لا يخلو من ان يكون بائعا او مشتريا
فان كان بائعا فلا يخلو من ان يذكر في دعواه تسليم المبيع او يذكر عدم تسليمه
فان ذكر تسليم المبيع يحلف بالله ما لهذا به تسليم عليك من العبد الذي يدعي انه
باعك وعلى قياس قول ابي يوسف يحلف على الشراء بالله ما اشتريت وان ذكر
انه لم يسلم المبيع يحلف ما عليك من هذا العبد وقبض العبد ولا شيء منه قال الامام
ابو ح لا احلفه ما اشتريت ولا ما اودعك ولا ما اعارك ولا ما استاجرت منه
ولكن احلفه ما له قبلك ما ادعى وهو قولهما وان كان المدعي مشتريا فلا يخلو ايضا
من ان يذكر تسليم الثمن او يذكر عدم تسليمه فان ذكر تسليم الثمن يحلف على الحاصل
ايضا الا رواية عن ابي يوسف وان ذكر عدم تسليمه الثمن يقال له احضر الثمن
فان احضره مجلس القضاء يحلف ما عليك قبض الثمن ولا تسليم المبيع من الوجه الذي
يدعي وعن ابي يوسف انه ان ادعى مالا مطلقا يحلف عليه وان ادعى مالا بسبب يحلف

على

على السبب بالله ما استقرضت هذا المال او ما غصبت منه الا ان يقول المدعى عليه
لا تحلفني هكذا فانه قد يستقرض ثم لا يكون ذلك المال عليه بان يرده او ان يبرأه
وبه اخذ بعض المشايخ وقال الامام الحلواني ينظر الجواب المدعى عليه ان انكر
السبب يحلف عليه وان قال ليس له على هذا المال المدعى فعلى الحاصل بالله ما له
عليك هذا المال الذي يدعي ولا شيء منه وهو احسن الاقاويل عندي وعليه
اكثر القضاة انتهى وفي الغصب ما يجب عليك رده توضيحه على ما في الخلاصة
والبزازية ان المدعي في دعوى الغصب لا يخلو اما ان قال العبد المغصوب قائم
في يده او قال هالك او قال لا ادري فان قال انه قائم في يده فالغاصب
لا يخلو اما ان يقر انه قائم في يده او ينكر فان اقر يؤمر باحضاره بلا ذكر
القيمة على ما في الخلاصة والبزازية وفي القدوري لا بد من ذكر القيمة
والصفة ولو كان دابة لا بد من ذكر سنها وقيمتها فان احضره يحلف بالله ما هذا
الشيء ملك هذا المدعي من الوجه الذي ادعاه ولا شيء منه وان ذكر القيمة في
الحلف يكون احسن على ما اشار اليه محمد وذكر الخصاف لا بد من ذكر القيمة فان ذكر
يحلف بالله ما لهذا المدعي في يدك هذا الشيء بعينه ولا شيء منه من الوجه الذي
يدعي ولا له عليك قيمته ولا شيء منه وان انكر فان برهن المدعي انه قائم في
يده حبس حتى يجيء به فان مضى زمان ولم يحضره وقال لا اقدر عليه او قال
هلك فانه يتلوم الحاكم وصدقه موكول الى راي القاضي انه وقع في قلبه صدقه
وكان الشهود بينوا قيمة ذلك الشيء يقضي بالقيمة وان لم يكن للمدعي بينة فالقول
للغاصب مع يمينه فان حلف فنكل واعطى المالك القيمة بقول المالك ثم ظهر العبد
فهو للغاصب وان حلف واعطاه القيمة ثم ظهر العبد فالمالك بالخيار ان شاء رد
القيمة واخذ العبد وان شاء رضي بالقيمة وفي الاصل ان كان القضاء بالقيمة
بالبينة او النكول او اقرار الغاصب لا سبيل للمالك الى العبد وان كان القضاء بالقيمة
بزعم الغاصب يخير المالك سواء كان قيمته مثل ما اخذ او بينهما تفاوت هذا كله
اذا قال انه قائم في يده واما اذا ادعى الهلاك او قال لا ادري فانه يشترط لصحة
الدعوى بيان القيمة باتفاق الروايات فاذا بين القيمة وذكر قدرها يحلف بالله

ما لهذا عليك قيمة هذا العبد ولا شيء منه وهو كذا وان قال لا ادرى انه قائم او هالك
يحلف بالله ما لهذا المدعى في يدك هذا الشيء ولا شيء منه ولا قيمته من الوجه
الذى يدعى ولا له عليك ولا قبلك هذا المدعى به ولا قيمته ولا شيء منه والتحليف
على هذا الطريق لا يختلف في ظاهر الرواية بين ما ادعى الغصب او ادعى العبد مثلا
بلا ذكر الغصب وعلى قول ابى يوسف ان ادعى الغصب يحلف بالله ما غصبته الا
اذا عرض وقال قد يغصب الانسان الشيء ثم لا يلزمه تسليمه بان اشتراه منه
او وهبه ثم يحلف على الحاصل بالاجماع وهذا التفصيل يجرى في دعوى
السرقة ايضا وفي الوديعة ماله هذا الشيء الذى ادعاه في يدك وديعة
ولا شيء منه ولا له اى للمدعى قبلك حق لا على السبب اى لا يحلف على السبب من
من الغصب والوديعة والبيع والنكاح والسرقة والعارية والكفالة ونحوها
من الاسباب بل يحلف على الحاصل ففي العارية يحلف مثل ما قال في الوديعة
وفي الكفالة يحلف بالله ماله قبلك كفالة بذلك المال ولا يحلف بالله
ما كفلت خلافا لابى يوسف فانه قال يحلف على الاسباب في جميع هذه
الاشياء بالله ما بعته وما نكحها وما طلقها وما اودعته وما اعرته وما غصبته
وما سرقته وما كفلته له لان اليمين انما تستوفى لحق المدعى فوجب ان يكون
مطابقا لدعواه والمدعى هو السبب على ما هو الفرض فيحلف عليه الا عند
تعريض المدعى عليه برفع السبب عند قول القاضى احلف بالله ما غصبت او ما اودعت
او ما اعرت بان قال قد يغصب الانسان ثم لا يلزمه تسليمه بان اشتراه منه
وبان قال قد يبيع الانسان شيئا ثم يقال ثم يحلف على الحاصل ايضا وعنه
ايضا انه ينظر القاضى الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان
انكر الحكم يحلف على الحاصل واختاره الامام الحلوانى وعليه اكثر القضاة وقد ذكرنا
من قبل ايضا ولهما ان هذه الاسباب قد ترتفع برافع بان باع ثم تقايلا او نكحها
ثم طلقها او ابانها او طلقها ثم راجعها او نكحها او غصبه ثم سلم او ملكه بالشراء او
بالهبة وكذا في السرقة والوديعة فلو حلف على الاسباب في هذه الاشياء
لتضرر المدعى عليه لانه لو حلف على نفى السبب لكان كاذبا ولو لم يحلف قضى عليه

بالنكول

بالنكول ولا كذلك لو حلف على الحاصل لانه ان كان محقا امكنه الحلف فلا يتضرر والقول
ان المدعى عليه ان كان محقا في انكاره السبب امكنه الحلف على انكاره فلا يتضرر
ولاحتمال وجود الرافع من الاقالة وغيرها يحتاج الى اقامة البينة فان اقام البينة
بها والا يحلف المدعى في انكار وجود الرافع وبه يظهر قوة قول ابى يوسف وان
كان في الحلف على الحاصل ترك النظر للمدعى حلف على السبب بالاجماع وان كان
السبب مما يرتفع برافع كدعوى الشفعة بالجوار ونفقة المبتوتة والخصم اى المشترى
والزوج لا يراهما بان كان شافعيا لانه لو حلف على الحاصل بالله ما لها عليك النفقة
او ما هو مستحق بالشفعة صدق في يمينه بناء على اعتقاده فيبطل حق المدعى
ويتضرر به فيحلف على السبب بالله ما اشتريت هذه الدار التى سماها بكذا او بالله
ما هى معتدة منك فان قيل بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه الجوار لان يكون
قد اشترى وسلم الشفعة او سكت عن الطلب وهو ليس باولى بالضرر من المدعى
اجيب بان القاضى لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما والمدعى يدعى ما هو اصل
لان الشراء اذا ثبت ثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب
التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض وكذا اى يحلف على السبب بالاجماع
في سبب لا يرتفع برافع كعبد مسلم يدعى العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على
السبب بالله ما اعتقت لعدم تكرره لانه انما يتكرر بوقوع الاستيلاء عليه بعد
الارتداد وهو بالنسبة الى المسلم ليس بمتصور لانه يقتل بالارتداد وكذا يحلف
على السبب بالاجماع فيما اذا ادعى على الغير انه وضع على حائطه خشبة او بنى عليه
او اجرى ميزابا على سطحه او في داره او دمى ترابا او ميتة في ارضه او شق
في ارضه نهرا بالله ما فعلت كذا لعدم ارتفاع هذه الاسباب برافع بخلاف العبد
الكافر والامة وان كانت مسلمة فان الرق قد يتكرر على العبد الكافر بنقض العهد
واللحاق وعلى الامة بالردة واللحاق لعدم القتل عليها بالارتداد لما ذكر اليمين
على السبب او على الحاصل شرع في بيان نوع اخر من كيفية اليمين وهو اليمين على
العلم او البتات قال في العناية والضابط فيه ان الدعوى اذا وقعت على فعل
غير المدعى عليه كان الحلف على العلم وان وقعت على فعل المدعى عليه كان على البتات

وفي البزازية والدعوى ان وقع على فعل المدعى عليه من كل وجه بان ادعى عليه
الفعل يحلف على البتات وان وقع على فعل الغير من كل وجه بان ادعى دينا على مورثه
بسبب الاستهلاك او ادعى ان مورثه غصب او سرق فعلى العلم الا اذا كان شيئا
يتصل به كما اذا برهن المشتري على اباق العبد المشتري او سرقه عنده فانه يحلف
البائع على البتات لاتصال التسليم به او ينفي التهمة به عن نفسه كالمودع يدعي قبض
المودع الوديعة من داره فان المودع يحلف على البتات والقبض فعل الغير وهو
صاحب الوديعة وان وقع على فعل المدعى عليه من وجه وفعل الغير من وجه بان
قال اشتريت مني او استاجرت مني او استقرضت مني فان هذه الافعال تقوم
باثنين فعل غيره وفعل نفسه فيحلف على البتات وقيل التحليف على فعل الغير على
العلم الا اذا كان يدعي العلم بفعل الغير كالمودع يدعي ان رب الوديعة قبض الوديعة
مني وكذا الوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر البائع ان الموكل قبض الثمن
وانكر الموكل‌ها فالقول قول الوكيل مع يمينه على البتات بالله لقد قبض الموكل الثمن
والقبض فعل الغير واذا حلفه برئ المشتري انتهى وذكر قبل هذا ايضا ان من له
حق الحلف على البتات اذا حلف القاضي خصمه على العلم يبقى له حق البتات حتى لو نكل
عن اليمين على العلم فقضى بالنكول لا ينفذ قضاؤه وفي العكس على العكس بان وجب
الحلف على العلم فحلف على البتات يسقط الحلف على العلم ويقضى لو نكل لان الحلف على
البتات اقوى فقال ومن ورث شيئا فادعاه اخر حلف على العلم لانه لا علم له بما
صنع المورث فلا يحلف على البتات بل يحلف على العلم بالله ما علمت ان هذا الشيء للمدعي
وان شراه او وهب له فعلى البتات اي اشترى شيئا او وهب له وادعى اخر انه
له واراد المدعي تحليف المدعى عليه يحلف على البتات بالله ما هو له لوجود المطلق
باليمين لان كلا من الشراء والهبة سبب اختياري شرعا فيعلم ما صنع بخلاف الارث
لانه ليس بسبب اختياري ثبت بالمباشرة بل اضطراري فلا يعلم ما صنع المورث
فيحلف على العلم كذا في الهداية وشروحه وقال في البزازية والفقه فيه ان
الوارث خلف عن الميت ولا يجري النيابة في اليمين حتى يحلف على البتات والمشتري
اصل بنفسه لا نائب عن غيره فيحلف على البتات وان اختلفا فقال المدعى عليه هو

ميراث عندي حلف على العلم وقال المدعي وصل اليك بالشرط حلف على البتات
يحلف المدعي على العلم بالله ما لم يعلم انه وصل اليه بميراث فان حلف يحلف
المدعى عليه على البتات والا على العلم انتهى ولو افتدى المنكر يمينه باعطاء
ما ادعاه المدعي من المال او صالح عنها اي عن اليمين على شيء صح يعني ادعى
رجل على اخر مالا وانكره الاخر واستحلفه المدعي وافتدى يمينه او صالح
على شيء صح على ما هو الماثور عن عثمان روي انه ادعى عليه اربعون درهما
فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال
اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال لهذا بسبب يمينه الكاذبة ولا يحلف
بعده اي بعد الافتداء او الصلح ابدا لانه اسقط حقه في ضمن الفداء
والصلح فلا يطلبه بعده بخلاف ما لو اشترى يمينه بمال معلوم حيث لم يجز
فله ان يستحلفه بعده لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليس
بمال ولذا قيدوا بالفداء والصلح كذا في النهاية انما قلنا في ضمن الفداء
والصلح لما في الرابع عشر من دعوى البزازية قال المدعي برئت من الحلف
او تركت عليه الحلف او وهبت لا يصح وله التحليف بعده بخلاف البراءة
عن المال لان التحليف للحاكم فليس له ان يسقط فعلم منه ان اسقاطه
قصدا غير صحيح وبه صرح في البحر ايضا

باب التحالف

ولو اختلفا اي العاقدان في قدر الثمن بان ادعى المشتري اقل والبائع
اكثر كمائة ومائتين مثلا او في قدر المبيع بان قال البائع ان المبيع كر
من حنطة والمشتري انه كران منها او فيهما بان قال البائع بعتك هذه الجارية
بمائة والمشتري بعتني تلك الجارية وهذه معا بخمسين حكم لمن برهن لترجح
جانبه بالبينة على جانب الاخر اذ ليس في الجانب الاخر الا مجرد الدعوى
وان برهنا فلمثبت الزيادة لان البينات شرعت للاثبات ولا تعارض بينهما
في الزيادة فبينتها كان اكثر اثباتا فيكون اولى ففي الصورة الثالثة
بينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع للزيادة فالجاريتان
معا للمشتري بمائة انما قيد اختلافهما بقدر الثمن لانهما لو اختلفا في جنسه

كما لو قال البايع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا او بالدنانير وقال المشترى
اشتريتها منك بمائة درهم واقاما البينة فبينة المشترى لاتفاق على قوله وهو البايع
لان حق المشترى في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق
البايع في الثمن فبينته على حقه اولى بالقبول لان كل بينة قامت على اثبات
حق نفسه اولى من بينة قامت على اثبات حق الغير ولم يذكر اختلافهما
في صحة العقد وفساده لعدم التحالف فيه في احكام البيع الفاسد
من قاضيخان اذا اختلف المتبايعان احدهما يدعى الصحة والاخر الفساد ان
كان مدعى الفساد يدعيه لشرط فاسد او اجل فاسد كان القول قول
مدعى الصحة والبينة بينة الفساد باتفاق الروايات وان كان مدعى
الفساد يدعيه لمعنى في صلب العقد بان ادعى انه اشتراه بالف درهم
ورطل من الخمر والاخر يدعى البيع بالف درهم فيه روايتان عن ابى ح في
ظاهر الرواية القول قول من يدعى الصحة والبينة بينة مدعى الفساد كما في
الاول وفي رواية عنه القول قول مدعى الفساد ولو ادعى عبدا في يد
رجل انه اشتراه منه بالف درهم وقال البايع بعتك بالف درهم وشرطت
ان لا تبيع ولا تهب او ادعى المشترى ذلك وانكر البايع كان القول قول
من ينكر الشرط الفاسد والبينة بينة الاخر وكذا لو كان مكان الشرط
الفاسد شرط الخمر او الخنزير او الشئ الذى لا يحل مع الالف وان
اختلفا في اصل الثمن فقال البايع بعتك عبدى هذا بعبدك هذا وقال
المشترى اشتريته بالف درهم ورطل من خمر تحالفا وترادا فان قامت
البينة لهما يوخذ ببينة البايع والاصل في هذا انه اذا اختلف الثمنان
واتفقت بينة البايع والمشترى على ثمن واحد وزادت احدى البينتين
على ذلك ما يفسد البيع فالقول قول من ينكر الفساد والبينة بينة الفساد
وان كان الثمنان من صنفين مختلفين واحدهما مما يفسد البيع فالبينة
بينة البايع وان ادعى احدهما بيع الوفاء والاخر بيعا باتا كان القول قول من
يدعى البتات والبينة بينة الوفاء وان اختلفا بان ادعى البايع ان البيع

كان

كان بشرط الخيار للبايع والاخر يدعى ان البيع كان باتا ففي ظاهر الرواية
عن ابى ح القول قول من ينكر الخيار وعنه في رواية انه ان كان البايع
يدعى البيع بشرط الخيار لنفسه كان القول قوله وعن محمد القول قول من
يدعى الخيار والبينة بينة الاخر وان كان المشترى يدعى الخيار لنفسه و
البايع يدعى البتات كان القول قول البايع في قول ابى ح على الروايتين
جميعا وان ادعى احدهما البيع عن طوع والاخر عن اكراه اختلفوا فيه و
الصحيح ان القول قول من يدعى الطوع والبينة بينة الكره كذا في قاضيخان
وان عجزا عن البرهان قيل لهما اى من طرف القاضى اما ان يرضى احدكما
بدعوى الاخر والا فسخنا البيع فيقال للمشترى اما ان ترضى بالثمن الذى
يدعيه البايع والا فسخنا ويقال للبايع اما ان تسلم ما ادعاه المشترى
والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهته فان لم يرض
احدهما بدعوى الاخر تحالفا في الصور الثلاث اعنى الاختلاف في
قدر الثمن او في قدر المبيع او في قدرهما ثم يترادان لقوله عم اذا اختلف
المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا فيحلف البايع بالله ما باعه بما
ادعاه المشترى من الثمن ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بما ادعاه البايع
من الثمن وقال في الزيادات يحلف البايع بالله ما باعه بالف ولقد
باعه بالفين ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه
بالف وقالوا والاصح في صفة التحليف هو الاول لان الايمان شرعت
للنفى كما ان البينات شرعت للاثبات فلا حاجة الى ضم الاثبات الى النفى
فان قيل ان هذا التحالف قبل قبض المشترى المبيع موافق للقياس والحديث
اما القياس فلان البايع يدعى زيادة في الثمن والمشترى ينكره والمشترى
يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقده والبايع ينكره فكان كل منهما منكرا واليمين
على من انكر لانها شرعت للنفى واما الحديث فهو حديث البينة للمدعى واليمين
على من انكر واما بعد القبض فمخالف لهما لان المشترى لا يدعى شيئا لسلامة
المبيع له فبقى دعوى البايع في زيادة الثمن والمشترى ينكره فكان

القياس الاكتفاء بيمينه اجيب بان هذا قياس لكنه ترك بالاستحسان لما
رويناه واعلم ان المصير الى التحالف عند عجزهما عن البينة ليس في مطلق البيع
بل في البيع الذي ليس لاحدهما خيار رؤية او خيار عيب او خيار شرط
لانه اذا كان لاحدهما خيار من هذه الخيارات لا حاجة الى التحالف لتمكن من
له الخيار من الفسخ فلا حاجة الى تحالفهما ولذا قال في الخلاصة اذا كان
للمشتري خيار الرؤية او خيار العيب او خيار الشرط لا يتحالفان انتهى
وهكذا ذكره في البحر وقال والبائع كالمشتري والمقصود ان من له الخيار
متمكن من الفسخ فلا حاجة الى التحالف ولكن ينبغي ان البائع اذا كان يدعي
زيادة الثمن وانكرها المشتري فان خيار المشتري يمنع التحالف واما
خيار البائع فلا ولو كان المشتري يدعي زيادة المبيع والبائع ينكرها
فان خيار البائع يمنعه لتمكنه من الفسخ واما خيار المشتري فلا هذا ما ظهر
لي تخريجا لا نقلا انتهى ويبدئ بيمين المشتري في الصور الثلاث وعن
ابي يوسف اولا انه يبدأ بيمين البائع قالوا والاول اصح لان المشتري
يطالبه البائع اولا بالثمن وهو ينكره فكان اقدم انكارا وهو لا يطالب
البائع بتسليم المبيع للحال وفي المقايضة اي بيع السلعة بالسلعة يبدأ
بايهما شاء لان كلا من البدلين يصلح ثمنا فيها فيستوي الطرفان في الانكار
وكذا في الصرف ايضا لاستواء الطرفين فيه ايضا ومن نكل لزمه
دعوى صاحبه لما تقدم من القضاء بالنكول وان حلفا فسخ القاضي البيع
اشار الى انه لا ينفسخ بنفس التحالف ما لم يفسخ القاضي لانه لما لم يثبت مدعى كل
منهما بقي بيعا مجهولا فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة ولانه لما لم يثبت البدل
بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد وسبيله الفسخ فما لم يفسخ كان قائما قال
في المبسوط حل للمشتري وطء الجارية المشتراة قبل الفسخ بعد التحالف
وهذا يدل على لزوم فسخ القاضي بطلب احدهما او بطلب كلاهما لان الفسخ
حقهما فلا بد من الطلب فلو لم يطلبا الفسخ تركهما القاضي حتى يصطلحا على
شيء ولا تحالف لو اختلفا في الاجل اي في اصله او في قدره او في

مضيه او في شرط الخيار او قبض بعض الثمن وكذا في قبض كله ولو ترك
لفظ البعض لكان اولى وهذا لان الاختلاف في هذه الاشياء اختلاف
في غير المعقود عليه وبه فلا يوجب التحالف لان نص التحالف ورد في
الاختلاف فيما يتم به العقد وهذه الاشياء ليست مما يتم به العقد لان العقد
لا يختل بعدمها فصار كالاختلاف في الحط والابراء عن الثمن بخلاف
الاختلاف في وصف الثمن كالجودة والرداءة وفي جنسه كالدراهم
والدنانير والنقد والعروض حيث يكون الاختلاف فيها كالاختلاف
في قدره في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لكونه دينا
في الذمة وهو يعرف بالوصف والجنس بخلاف الاجل فانه ليس بوصف
ولهذا يبقى الثمن بعد مضي الاجل والوصف لا يفارق الموصوف فصار اصله
بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط لا بدونه فاذا لم يجر بينهما التحالف فيها
فالقول للمنكر مع يمينه وهو البائع في اصل الاجل وقدره وشرط الخيار
وقبض الثمن والمشتري في مضي الاجل لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه
واليه اشار بقوله وحلف المنكر اي بائعا او مشتريا كما ذكرناه بخلاف
الاختلاف في الاجل في السلم بان ادعاه احدهما وانكره الاخر فان
القول فيه للمدعي لا للمنكر عند الامام لان الاجل في السلم شرط وتركه
فيه مفسد للعقد واقدامهما عليه يدل على الصحة فكان القول لمدعيه لان
الظاهر شاهد له ولا تحالف ايضا فيما اذا اختلفا في قدر الثمن بعد هلاك
المبيع في يد المشتري بعد قبضه وكذا باستهلاكه بالاخراج عن يده
لعدم امكان التحالف فيها اعني الرد بالفسخ بل القول للمشتري في الصورتين
مع يمينه عند الامام وابي يوسف على ما اشار اليه بقوله وحلف المشتري لانه
هو المنكر ههنا بخلاف ما قبل القبض فان كلا منهما قبل القبض منكر فيتحالفان
على ما تقدم انفا ولان التحالف بعد قبض المبيع انما يثبت على خلاف القياس
حال قيام السلعة لما رويناه فلا يتعدى الى الهلاك لا قياسا لعدم شرط
القياس ولا دلالة لان التحالف حال قيام السلعة يفضي الى الفسخ فيندفع

بصنع الطرفين ولا كذلك بعد الهلاك او الخروج عن ملك المشتري فلا يكون
في معناه فلا يلحق به دلالة ايضا وعند محمد يتحالفان ويفسخ البيع ويلزم
القيمة يوم القبض وهو قول الشافعي ايضا واستدل عليه باطلاق قوله عم
اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وبان كل واحد منهما يدعي عقدا غير الذي
يدعيه صاحبه والاخر ينكره فيتحالفان كما في حال قيام السلعة وفائدة
هذا التحالف دفع زيادة الثمن عن المشتري بنكول البايع حين تحالفا كما اذا اختلفا
في جنس الثمن بعد هلاك السلعة فادعى احدهما العقد بالدراهم والاخر
بالدنانير تحالفا ولزم المشتري رد القيمة والجواب عنه ان محمدا روى حال
قيام السلعة لما رويناه من تصريح قيام السلعة لان الحظ انه ذكر على سبيل
الشرط لا التنبيه والتاكيد على ما ظن لان التاسيس اولى من التاكيد والتنبيه
خصوصا في كلام الشارع فيحمل على المقيد وهو الاصل عند اتحاد الحادثة
والراوي في حمل المطلق على المقيد وان الاختلاف في السبب انما يعتبر
اذا افضى الى التناكر بينهما وههنا ليس كذلك لان المشتري ليس يدعي على البايع
شيئا ينكر لقبضه المبيع وتمامه بالهلاك حتى يترتب على البايع الحلف بانكاره
فدعوى كل منهما غير ما ادعاه الاخر لا يضر وما ذكره من الفائدة من
دفع زيادة الثمن ليس من موجبات العقد بل من موجبات النكول الذي
هو من موجبات التحالف فلا يعتبر فلا يثبت به ما هو من موجبات العقد
وهو على المبيع وقبضه وهذا الخلاف اذا كان المبيع مقبوضا والثمن دينا
ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة
واما اذا كان الثمن عينا بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين
فانهما يتحالفان اتفاقا لان المبيع في احدهما باق قائم فتوفر فائدة الفسخ
وهو التراد ثم يرد مثل الهالك ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا وان لم يكن
المبيع مقبوضا وهلك في يد البايع بعد قبض الثمن يتحالفان بالاتفاق
ايضا على ما في الكفاية وكذا الخلاف لو تعذر الرد على البايع بعيب او بزيادة
وهو اي المبيع قائم اي غير هالك وهذا لانه في حكم الهالك لتعذر الرد

والزيادة

والزيادة اعم من ان يكون متصلة متولدة من عين المبيع كالسمن او غير متولدة
منها كالصبغ او منفصلة متولدة كالولد والارش والعقر ففي هذه الصور
لا يتحالفان عندهما ويتحالفان عنده فيفسخ العقد على العين في المتصلة
المتولدة من العين وفي المنفصلة الغير المتولدة منها يفسخ على العين او
القيمة وفي المنفصلة المتولدة منها على القيمة واما في المنفصلة الغير
المتولدة منها كالكسب فيتحالفان ويفسخ بالاتفاق على العين والكسب
للمشتري كذا في المبسوط ولا يتحالفان ايضا عنده فيما اذا اختلفا
بعد هلاك بعضه كان باع عبدين صفقة واحدة فهلك احدهما بعد
قبض المشتري ثم اختلفا في الثمن بالزيادة والنقصان فلا يتحالفان
الا ان يرضى البايع بترك حصة الهالك بان يخرج الهالك من العقد
فكانه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القائم فيتحالفان فمصرف الاستثناء
عدم التحالف وقال في الجامع الصغير في هذه المسئلة القول للمشتري
مع يمينه عند ابي ح الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحي ولا شيء له واختلفوا
في توجيهه قيل معناه انه لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وانما
ياخذ القائم وقيل معناه لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اخر زائدا على ما
اقر به المشتري فمصرف الاستثناء على الاول عدم التحالف على ما في
الكتاب وعلى الثاني هو يمين المشتري لان المذكور هو يمين المشتري
لا التحالف وهذا لانه لما اخذ البايع بقول المشتري وصدقه فيما اقر به
لا يحلف ثم اختلفوا فيما اخذ البايع من الحي انه ياخذه بطريق الصلح او بطريق
تصديق المشتري وترك ما يدعي عليه والمختار عند شيخ الاسلام وصاحب
الهداية هو الثاني وعندهما يتحالفان لكن عند محمد يتحالفان عليهما ويفسخ
العقد فيهما على رواية واحدة منهم ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل
المبيع لا يمنع التحالف عنده على ما مر فهلاك بعضه اولى واختلف في
تفسيره على قول ابي يوسف قال بعضهم يتحالفان في الحي ويفسخان فيه
فقط لان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره وهذا ليس بصحيح فان

المشتري لو حلف بالله ما اشتريت الحي القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه
البايع حلف وكان صادقا فيه وكذا لو حلف البايع ما بعت القائم بحصته
من الثمن الذي يدعيه المشتري صدق ولا يفيد التحالف شيئا بل الصحيح
ما قاله بعض مشايخنا انه يتحالفان فيها ويفسخ العقد في الحي فقط فيحلف
المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البايع فان نكل لزمه دعوى البايع
وان حلف يحلف البايع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل
لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخ العقد في القائم ويسقط حصته
من الثمن فيرد على البايع ويلزم المشتري حصة الهالك من الثمن الذي يقر به
المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك لعدم انفساخ العقد فيه على ما اشار اليه
بقوله ويرد الباقي لانفساخ العقد فيه باتفاقهما والقول للمشتري
في حصة الهالك اي من الثمن عند ابي يوسف لعدم الفسخ فيه عنده
على ما ذكرناه ويلزم قيمته اي قيمة الهالك عند محمد لانفساخ العقد فيه
ايضا عنده ولابي حنيفة ان التحالف انما هو في حال قيام السلعة بالنص
على خلاف القياس على ما تقدم والسلعة اسم للجميع وبانتفاء البعض ينتفي
الكل فلا يتعدى حكم التحالف الى صورة الهلاك لا قياسا ولا دلالة لعدم
كونه في معنى المنصوص عليه فان قيل ان القصار اذا اقام بعض العمل
في الثوب ثم اختلفا في مقدار الاجرة ففي حصة العمل القول لرب
الثوب مع يمينه وفي حصة ما بقي يتحالفان بالاجماع فكان ان يستفاد
بعض المنفعة كهلاك احد العبدين وفيه التحالف عند الجميع دون هلاك
احد العبدين قلنا ان السلعة في البيع واحدة فاذا تعذر الفسخ فيها
بالهلاك في البعض تعذر في الباقي ايضا واما الاجارة فهي عقود
متفرقة يتجدد في كل ان فكل جزء من العمل بمنزلة معقود عليه على حدة
فيتعذر الفسخ في بعض لا يتعذر الباقي ويعتبر فيهما في الانقسام
يوم القبض يعني تقسيم الثمن الذي اقر به المشتري على القائم والهالك على قدر
قيمتها يوم القبض فان اتفقا ان قيمتهما يوم القبض واحدة يجب على المشتري

نصف

نصف الثمن الذي اقر به ويسقط عنه النصف الاخر وان تصادقا ان قيمتها يوم
القبض على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك على النصف من قيمة القائم
يجب على المشتري ثلث ما اقر به من الثمن وان اختلفا في قيمة الهالك فيه
اي في يوم القبض فالقول للبايع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري
يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبايع ينكره والقول
للمنكر واعترض عليه بان المبيع يعتبر قيمته يوم العقد في حق انقسام
الثمن لا قيمته يوم القبض لما قاله محمد في الزيادات قيمة الام يوم العقد
وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صار مقصودا
بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من القائم والهالك
من المبيع مقصود بالعقد فوجب اعتبار قيمتها يوم العقد لا يوم القبض
واجيب عنه بوجهين احدهما ان في مسئلة الزيادات لم يوجد ما يوجب
الفسخ فما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن فيه قد وجد وهو التحالف فيجب
اعتباره في قيمة الهالك يوم القبض لعدم امكان رد العين وثانيهما ان
الاصل ما ذكر في الزيادات ولكن لما كان الصفقة فيما نحن فيه واحدة
وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا في
الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى الوجود المانع وهو
الهلاك فعملنا فيه بالدليلين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم
الانفساخ وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ ثم ايهما
برهن يقبل برهانه وان برهنا فبرهانه اي البايع اولى لانه اكثر اثباتا
لانه يثبت الزيادة في قيمة الهالك ودعوى المشتري الزيادة في قيمة
القائم ضمنية فلا معتبر بها وان اختلفا في قدر الثمن بعد القبض بعد
اقالة البيع تحالفا وعاد البيع الاول حتى صار حق البايع في الثمن وحق
المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة ان لم يقبض البايع المبيع اي
بعد الاقالة والاصل فيه ما ذكرناه من ان التحالف قبل قبض المبيع على
وفاق القياس وان قبضه البايع بعد الاقالة ثم اختلفا في قدر الثمن

فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لان التحالف عنده معلول بوجود
الانكار من الجانبين وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضا او غير
مقبوض ولو اختلفا في قدر راس المال اي في قدر الثمن في السلم بعد
اقالة السلم فالقول للمسلم اليه فيه مع يمينه لان رب السلم يدعي عليه زيادة
من راس المال وهو ينكر واما هو فلا يدعي على رب السلم شيئا لان المسلم فيه
قد سقط بالاقالة ولا يعود السلم لان فائدة التحالف الفسخ والاقالة في
باب السلم لا يحتمله لانه في السلم اسقاط المسلم فيه وهو دين والدين
الساقط لا يعود بخلاف الاقالة في البيع فانه يحتمل الفسخ فيعود المبيع
لكونه عينا الى المشتري بعد عوده الى البائع وحكم الاختلاف في الاجل
في السلم وفي صفته قد تقدم في بابه ولو اختلفا اي المؤجر و
المستاجر في قدر الاجرة بان قال المستاجر انها خمسة دراهم و
قال المؤجر انها عشرة دراهم او قدر المنفعة بان قال المستاجر انها خمسة
انك اجرتني شهرين بعشرة دراهم وقال الاخر بل اجرتك شهرا واحدا بعشرة
دراهم او قال المستاجر اجرتني دابتك الى الكوفة بعشرة دراهم وقال
صاحب الدابة بل اجرتك الى القصر بعشرة دراهم او فيهما معا بان قال
المستاجر اجرتني شهرين بعشرة دراهم وقال الاخر بل اجرتك شهرا بخمسة
عشر او قال المستاجر اجرتني الى الكوفة بخمسة وقال الاخر بل اجرتك
الى القصر بعشرة قبل استيفاء المنفعة اي قبل ان يتصرف المستاجر فيما
استاجره من الدار او الدابة او غيرها اصلا لان حكم اختلافهما بعد
استيفاء بعض المنفعة سيأتي من بعد تحالفا لو عجزا عن البينة لان
الاجارة قبل استيفاء المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع في كونها عقد
معاوضة يقبل الفسخ والتحالف في المبيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر
فيقاس عليه الاجارة وترادا عملا بالتحالف وبدا بيمين المستاجر ان اختلفا
في الاجرة لانه منكر بوجوب الزيادة وبيمين المؤجر لو اختلفا في
المنفعة وايهما نكل لزمه دعوى الاخر عملا بالنكول وايهما برهن قبل لانه نور

دعواه

دعواه بالحجة وان برهنا فحجة المستاجر في المنفعة لانها تثبت الزيادة فيها
وحجة المؤجر في الاجرة لانها تثبت الزيادة فيها وهذا سواء كان الاختلاف
في المنفعة او في الاجرة او فيهما ولم يذكر المص حكم اختلافهما في جنس
الاجرة ففي قاضيخان ان اختلفا في جنس الاجرة فقال الاجر اجرتك
الدابة الى القصر بدينار وقال المستاجر الى الكوفة بعشرة دراهم فانهما
يتحالفان وايهما نكل لزمه دعوى الاخر وايهما اقام البينة قبلت وان اقاما
البينة فانه يقضي الى الكوفة بدينار وخمسة دراهم اذا كان القصر على
النصف من بغداد الى الكوفة يقضي الى القصر بدينار ببينة الاجر ومن
القصر الى الكوفة بخمسة دراهم ببينة المستاجر انتهى وان اختلفا في قدر
الاجرة او المنفعة او فيهما معا بعد استيفاء المنفعة كلها لا يتحالفان
بالاتفاق لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف
على ما مر في البيع فكذا في الاجارة واما عند محمد فلان فائدة التحالف
فسخ العقد والعقد يقتضي وجود المعقود عليه او ما قام مقامه من
القيمة وليس شيء منها بموجود ههنا اما المعقود عليه وهو المنفعة فلانه
عرض لا يبقى زمانين واما ما يقوم مقامه فلان المنافع لا تقوم بنفسها
بل بالعقد وقد تبين بحلفهما ان لا عقد بينهما لا تفاسخه من الاصل
فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ والقول للمستاجر مع يمينه لامتناع
التحالف لما ذكرناه لانه هو المستحق عليه ولو اختلفا بعد استيفاء
البعض من المنفعة يتحالفان ويفسخ العقد فيما بقي لان العقد في الاجارة
ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد
عليها فكان الاختلاف بالنسبة اليها بقي قبل استيفاء المنفعة وفيه
التحالف على ما مر والقول للمستاجر فيما مضى اي في حصة ما مضى
لان المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء
ولا تحالف فيه والقول للمستاجر بالاتفاق بخلاف البيع فان العقد فيه
ينعقد دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل ايضا

ولم يذكر المص اختلاف الموجرين في قدر الاجرة ولا الاختلاف في نوع العقد
ولا في نوع المعقود عليه في قاضيخان ان تكارى دابة من رجلين
فاختلف المكاريان فقال احدهما اكريناها بعشرة دراهم وقال الاخر
لا بل اكريناها بخمسة عشر والمكترى يقول اكريتماها لي بعشرة قال ان كان
قبل الركوب كان القول قول المكارى الذى يدعى خمسة عشر في نصيبه
وان كان بعد الركوب فالقول قول المستكرى ولو ركب دابة الى بغداد ثم اختلفا
فقال الراكب اعرتنيها وقال رب الدابة اجرتكها بدرهم ونصف فان
القول يكون قول الراكب لان صاحب الدابة يدعى تقويم المنفعة وهو منكر
ولو ركب دابة رجل الى الحيرة فادعى انه اعارها الى الحيرة وقال صاحبها بل
اكريتها الى الجبانة الى اطراف البيوت بدرهم فان سلمت الدابة كان القول
قول الراكب ولا يلزمه شئ وان هلكت كان القول قول صاحب الدابة ويضمن
قيمتها لان الراكب اقر بالمجاوزة عن الجبانة وادعى الاذن وصاحبها انكر الاذن
ولو اختلفا فقال المستاجر امرتني ان استكرى الغلام لحفظ الدابة وان
يعطى نفقة الغلام والدابة من الكراء ففعلت ذلك وانكر الموجر كلا من
الامرين استكراء الغلام واعطاء نفقته ونفقة الدابة من الكراء فالقول
قول صاحب الدابة بخلاف ما لو اقر صاحب الدابة الامر باعطاء نفقة الغلام
من الكراء وانكر الدفع واقر الغلام الاعطاء فالقول قول الغلام ولو اختلف
الخياط مع رب الثوب فقال الخياط انا خطته وقال صاحب الثوب
انا خطته فان كان الثوب في يد رب الثوب او في بيته فالقول قوله مع
يمينه ولا اجر للخياط وان كان الثوب في يد الخياط او في يدهما كان القول
قول الخياط مع يمينه وله الاجر ولو اختلفا في نوع المعقود عليه فقال رب
الثوب امرتك ان تقطعه قباء وقد خاطه قميصا وقال الخياط لا بل امرتني
ان اقطعه قميصا كان القول قول رب الثوب مع يمينه وهو بالخيار ان شاء
اخذ القميص واعطاه اجر مثله وان شاء ضمنه قيمة ثوبه غير مقطوع ولو دفع
الى الخياط ثوبا ليقطعه قباء محشوا ودفع اليه البطانة والقطن ففعل الخياط

ذلك

ذلك ثم اختلفا فقال الخياط ليس هذا بطانتي كان القول قول الخياط مع يمينه ولو
دفع الى القصار ثوبا ليقصره بدرهم فاعطاه القصار ثوبا فقال هذا ثوبك
وقال رب الثوب ليس هذا ثوبي كان القول قول القصار في قول الجح
وكذا لو كان القصار يدعى رد الثوب وانكره رب الثوب لان في قول
الجح القصار امين وكذا كل اجير مشترك والفتوى على قوله رجل قال
لرجل اني اركبتك بغلا من ترمذ الى بلخ بعشرة دراهم وقال المدعى عليه لا بل
استاجرتني لابلغه الى فلان ببلخ بخمسة دراهم فانه يحلف كل واحد منهما فان
حلفا لا يجب شئ وان اقاما البينة كانت البينة بينة صاحب البغل لان
حفظ البغل واجب على المستاجر ولو دفع الى الصباغ ثوبا ليصبغه احمر بالعصفر
ففعل الصباغ ذلك ثم اختلفا في الاجر فقال الصباغ عملته بدرهم وقال
صاحب الثوب بدانقين فايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما يؤخذ
ببينة الصباغ وان لم يكن لهما بينة ينظر الى ما زاد الصبغ في قيمة الثوب
فان كان درهما او اكثر يؤخذ بقول الصباغ يعطى له درهم بعد يمينه بالله
ما صبغته بدانقين وان كان ما زاد له الصبغ اقل من دانقين كان القول
قول رب الثوب مع يمينه وان كان تزيد قيمة الثوب نصف درهم يعطى
للصباغ نصف درهم بعد يمينه وان كان الصبغ مما ينقص الثوب كان
القول قول صاحب الثوب دفع الى صائغ عشرة دراهم فضة وقال زد
عليها درهمين يكون قرضا على وصغه قلبا واجرك درهم فصاغه وجاء به
وقال زدت عليها درهمين وقال رب الفضة لم تزد عليها فانه يحلف كل منهما
فان حلفا يجبر الصائغ ان شاء دفع القلب اليه واخذ منه درهما اجر العشرة
وان شاء دفع اليه عشرة دراهم فضة واخذ القلب لان كل منهما ينكر ان على
صاحبه ما ادعاه وان اختلفا اى المولى والمكاتب في قدر بدل الكتابة
لا يتحالفان والقول للعبد عند الجح لان الكتابة عقد معاوضة يجب به البدل
في مقابلة فك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال وهو سالم للعبد
باتفاقهما على الكتابة وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة له

فبقي اختلافهما في قدر البدل لا غير لان العبد لا يدعي شيئا بل هو منكر لما يدعيه
المولى من الزيادة والقول للمنكر وقالا يتحالفان ويفسخ العقد وهو قول
الشافعي ايضا لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع بجامع ان المولى
يدعيه والمولى ما بدلا زائدا لم ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق
عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فكان كالبيع الذي اختلفا
فيه في قدر الثمن فيتحالفان وان اختلف الزوجان في متاع البيت
اي البيت الذي يسكنان فيه سواء كان البيت ملك الزوج او ملك المراءة
وسواء كان اختلافهما في حال قيام النكاح او بعد الفرقة بفعل من
الزوج او من الزوجة ولذا اطلقه وقيد بمتاع البيت لان حكم اختلافهما
في المهر قد تقدم في باب المهر فالقول لها مع يمينها فيما صلح لها كالوقاية
والملحفة والخمار لان الظاهر شاهد لها فيما صلح لها الا اذا كان الزوج صانعا
وله اساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال ونحوها فلا يكون مثل هذه
الاشياء لها على ما ذكره التمرتاشي وغيره وله اي للزوج مع يمينه فيما صلح
له كالعمامة والقوس والدرع والمنطقة والكتب لان الظاهر شاهد له فيما
ذكر الا اذا كانت الزوجة تبيع ثياب الرجال او فيما صلح لهما كالآنية
والذهب والفضة والنقود والامتعة والعقار والمواشي لان المراءة
وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف
ما يختص بها لانها تعارض ظاهر الزوج بظاهر يد الاختصاص ويرجح
عليه بالاستعمال ولو اختلفت ورثة احدهما مع الآخر بعد موت
احدهما او تطليق الزوج ولم يذكر حكم الاختلاف بعد التطليق لان
الطلاق والموت سواء فاكتفى بذكر الموت كذا في الهداية القول في
المحتمل للحي ايهما كان من الزوج او المراءة لان اليد للحي دون الميت هذا كله
عند الح وعند ابي يوسف كذلك اي القول للرجل في المحتمل مع يمينه
في الزائد على جهاز مثلها وفي جهاز مثلها لها او لورثتها لان الظاهر
ان المراءة تاتي بالجهاز وهذا ظاهر اقوى لجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر

الزوج

الزوج واما في الزائد على جهاز مثلها فلا معارض لظاهر الزوج فالقول فيه له
بخلاف ما يصلح لها فان القول فيه لها بالاتفاق في جهاز مثلها وفي الزائد
عليه علاوة بظاهر اقوى وهو الاختصاص لها وانما محل الاختلاف هو المحتمل
على ما صرح به في العناية وعند محمد القول للرجل اي في المحتمل على ما هو محل
الخلاف او لورثته ان كان الرجل ميتا لما ذكرناه في وجه الح من ان
المراءة وما في يدها للرجل وان كان احدهما مملوكا والآخر حرا واختلفا
في متاع البيت مطلقا على ما يدل عليه اطلاقه وصرح به في شرح
النقاية نقلا عن فخر الاسلام وعن الحقائق انه فيما اذا اختلفا في الامتعة
المحتملة لهما فالكل للحر في الحيوة لان يده اقوى من يد المملوك محجورا كان
المملوك او ماذونا او مكاتبا والاقوى اولى بالاعتبار وللحي منهما في الموت
حرا كان الحي او عبدا هكذا في عامة نسخ الجامع الصغير واختاره صاحب
الهداية مستدلا بانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وقال فخر
الاسلام وشمس الائمة انه للحر بعد الموت ايضا ثم قال شمس الائمة وما وقع في
عامة نسخ الجامع الصغير سهو كذا في العناية وهذا عند الح وقالا العبد
الماذون له اي في التجارة والمكاتب كالحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات
حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شيء في ايديهما قضي به بينهما لاستوائهما في
اليد ولو كان في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية
في سائر الخصومات فكذلك في متاع البيت والجواب عنه ان اليد
على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك
فلا تعارض بينهما ولم يذكر حكم كون احد الزوجين مسلما والآخر كافرا ففي
قاضيخان ولو كان احدهما مسلما والآخر كافرا فهذا وما لو كانا مسلمين سواء
ولو كان احدهما صغيرا والآخر كبيرا او كانا صغيرين ذكر في بعض الروايات
انهما سواء وذكر في بعض الروايات وعنه فقال لو كان الزوج بالغا والمراءة
غير بالغة الا انها بلغت مبلغ الجماع فهو وما لو كانا كبيرين سواء ولم يذكر ايضا
حكم اختلافهما في البيت ففي قاضيخان لو اختلف الزوجان في البيت الذي

ليسكنان فيه كل واحد يدعي انه له كان القول في ذلك قول الزوج في قولهم
فان اقامت المراة البينة او اقاما جميعا تقضى ببينة المراة لانها خارجة
معنى واما اختلافهما في الغزل ففي قاضيخان ايضا اذا غزلت المراة قطن
زوجها ثم اختلفا في الغزل قبل الفرقة او بعدها فالمسئلة على وجوه
اما ان اذن لها بالغزل او نهاها عن الغزل او لم ياذن لها ولم ينه فان اذن
لها بالغزل ان قال اغزليه لي كان الغزل للزوج ولا اجر لها عليه لانه لما امر
بالغزل ولم يذكر لها اجرا كان ذلك استعانة منها وان ذكر لها اجرا ان سمى
لها اجرا معلوما كان لها ذلك لانه استاجرها بالعمل غير مستحق عليها باجر
معلوم وان ذكر اجرا مجهولا او شرط ان يكون الغزل او الكرباس لها كان
الغزل للزوج ولها اجر مثلها لانه استاجرها ببعض ما يخرج من العمل فيكون
في معنى قفيز الطحان وهو كما لو دفع غزلا الى حائك لينسجه له بالنصف
وان اختلفا في الاجر فقالت المراة غزلت باجر وقال الزوج بغير اجر كان
القول قول الزوج مع يمينه لانه انكر الاجارة والاجر ولو قال اغزليه
لنفسك كان الغزل لها ولا شيء عليها لانه تبرع عليها بالقطن وان اختلفا
فقال الزوج انما اذنت لك لتغزليه لي وقالت لا بل قلت اغزليه لنفسك
كان القول قول الزوج لان الاذن مستفاد من جهته فيكون القول
قوله مع يمينه ولو قال لها اغزليه ليكون الغزل لنا كان الغزل للزوج ولها
اجر المثل ولو قال اغزليه ولم يزد عليه كان الغزل للزوج لان الظاهر من
حاله انه يرضى بالغزل له وان نهاها عن الغزل فغزلت كان الغزل لها
وعليها مثل ذلك القطن لزوجها لانها غزلت غصبا فيضمن مثل ذلك
القطن لزوجها كمن غصب حنطة فطحنها كان الدقيق للغاصب وعليه
مثل ذلك الحنطة وان اختلفا فقال صاحب القطن غزلت باذني وقالت
غزلت بغير اذنك كان القول قول صاحب القطن لان المراة تدعي
تملك القطن وهو ينكر وان حمل قطنا الى بيته ولم يقل شيئا فغزلته ان كان
الزوج يبتاع القطن كان الغزل لها وعليها مثل ذلك القطن لان الظاهر حاله

انه كان يشتري القطن لاجل البيع وان لم يكن يبتاع القطن ان كان الزوج يدعي
الاذن كان القول قوله لان الظاهر من حاله انه يحمل القطن الى بيته لتغزل المراة
فكان الاذن ثابتا دلالة كما لو طبخت طعاما من اللحم الذي جاء به فان الطعام
يكون للزوج ولان الزوج كان يدعي الاذن فالمراة تدعي عليه تملك القطن
وهو ينكر وكذا لو اختلفا في الكرباس فقال الزوج للمراة دفعت الى الحائك
لينسجه باذني وقال دفعت بغير اذنك كان القول قول الزوج واذا غزلت
المراة قطن زوجها باذنه وكانا يبيعان من ذلك الكرباس ويشتريان
بالثمن امتعة لحاجتهما واخذا بعض الكرباس ثياب البيت فجميع ذلك من
الكرباس وما يشتري به للرجل لان المراة تعمل للرجل فيكون ذلك للرجل
الا شيئا اشترى لها وتسمى عند الشراء او علم عادة انه اشترى لها ودفع
اليها فيكون لها رجل كان يدفع الى امراته ما يحتاج اليه وكان يدفع لها
احيانا من الدراهم ويقول اشتري لها قطنا واغزلي وكانت تشتري وتغزل
ثم تبيع وتشتري بها امتعة للبيت كانت الامتعة للمراة لانها اشترت من
غير توكيل الزوج اياها بالشراء فكانت مشترية لنفسها الكل في قاضيخان
وقال فيه ايضا في فصل هبة الوالد لولده رجل جهز ابنته بما له
وجه الابنة مع جهازها الى زوجها فماتت الابنة فادعى الاب انه كان
عارية وزوجها يدعي الملك بهبة ونحوها اختلفوا فيه قال بعضهم القول
قول الزوج والابنة على الاب وبه اخذ محمد بن الفضل وقال بعضهم القول
قول الاب لانه هو الدافع والمملك قال وينبغي ان يكون الجواب على التفصيل
ان كان الاب من الكرام والاشراف لا يقبل قول الاب لان مثله يانف
عن الاعارة وان كان من اوساط الناس يكون القول قول الاب لانه هو
الدافع وليس بمكذب فيما قال من حيث الظاهر انتهى وهكذا في نكاح الخلاصة
في الفصل الرابع عشر اقول علم منه جواب مسئلة اخرى وهي رجل اشترى
حليا فدفع الى زوجته واستعملته الزوجة فماتت هي واختلف الزوج مع
ورثتها انه دفع على وجه العارية او التمليك ولا بينة لهما فالقول قول الزوج

مع يمينه لانه دافع مملك ولو مات الزوج واختلفت الزوجة مع ورثته انه
دفع على وجه العارية او التمليك فالقول قول الزوجة مع يمينها لانها حية
وصاحبة يد فهي اعرف بوجوه الدفع والتمليك بخلاف ورثة الزوج وبخلاف ما
اذا ادعى الزوجة الهبة وانكرها ورثة الزوج من غير دعوى العارية فانها
لا يقبل قولها بلا بينة وعليه يحمل ما ذكره في فصل اختلاف الزوجين من
نكاح قاضيخان ولو اقرت المراة بمتاع انها اشترته من زوجها كان المتاع
للزوج وعليها البينة انتهى وقال في تنازع الخصمين من القنية رجل كان
يتصرف في غلات امراته ويدفع ذهبها بالمرابحة ثم ماتت الزوجة فادعى
ورثتها انك كنت تتصرف في مالها بغير اذنها فعليك الضمان وقال الزوج
بل باذنها فالقول قول الزوج لان الظ شاهد له لان الظ ان الرجل لا يتصرف
مثل هذا التصرف في مال امراته الا باذنها والظ يكفي للدفع وهكذا في
دعوى البزازية وكذا الحال اذا مات الزوج وقال في دعاوى قاضيخان
رجل اشترى لامراته متاعا ودفع ايضا اليها دراهم حتى اشترت متاعا
ثم اختلفا فقال الزوج هو من المهر وقالت المراة هو هدية ذكر في
الكتاب ان القول قول الزوج الا في الطعام الذي يؤكل وفسروا ذلك
وقالوا ان كان تمرا او دقيقا او عسلا او شيئا يبقى كان القول فيه قول
الزوج وان كان مثل اللحم والخبز والشيء الذي لا يبقى لا يقبل فيه قول الزوج
بل القول قول المراة وقال ابو القاسم الصفار وكل متاع لا يجب على الزوج
شراؤه كان القول فيه قول الزوج انه من المهر وما كان واجبا على
الزوج مثل الدرع والخمار ومتاع البيت لا يقبل فيه قول الزوج انه من المهر
فقيل له الخف والملاءة قال ليس على الزوج ان يهيئ لها امر الخروج قال
الفقيه ابو الليث قول ابي القاسم الصفار وبه ناخذ رجل بعث الى امراته
متاعا وبعث ابو المراة الى الزوج متاعا ايضا ثم قال الزوج الذي
بعثته كان صداقا كان القول قول الزوج مع يمينه فان حلف ان كان المتاع
قائما كان للمراة ان ترد المتاع لانها لم ترض بكونه مهرا ويرجع على الزوج بما

بقي من المهر وان كان المتاع هالكا ان كان شيئا رد على الزوج مثل ذلك
وان لم يكن شيئا لا يرجع على الزوج بما بقي من المهر واما الذي بعث ابو المراة
ان كان هالكا لا يرجع على الزوج بشيء وان كان قائما وكان الاب بعث ذلك
من مال نفسه ليسترد من الزوج لانه هبة لغير ذي الرحم فكان له ان يرجع
وان بعث الاب ذلك من مال الابنة البالغة برضاها فلا رجوع فيه لانه
هبة من المراة لاحد الزوجين اذا وهب من الاخر لا يرجع رجل تزوج امراة
وبعث اليها هدايا وعوضت المراة لذلك عوضا وزفت اليه ثم فارقها فقال
الزوج كنت بعثت ذلك عارية واراد ان يسترده واردت المراة استرداد
العوض ايضا قالوا القول قول الزوج في متاعه لانه انكر التمليك وللمراة
ان تسترد ما بعثت لانها تزعم انها بعثت عوضا للهبة فاذا لم يكن ذلك هبة
لم يكن ذلك عوضا وكان لكل منهما استرداد متاعه قال ابو بكر الاسكاف ان
صرحت حين بعثت انها عوض فكذلك وان لم تصرح بذلك ولكنها حسبت
ونوت ان يكون عوضا كان ذلك هبة منها وبطلت نيتها امراة ادعت
بعد وفات زوجها ان لها عليه الف درهم من المهر يقبل قولها الى تمام مهر
مثلها في قول الجح لان عنده يحكم مهر المثل وفي الفصولين لو تنازعا في انه
مجهول النسب ينبغي ان يكون القول للمقر له لانه ينكر ان يكون له اب غير المعتق
ويحتمل ان يكون القول لمنكر نسبه من المولى لان الظاهر للعبد نسبا معروفا
في مولده واعلم ان الاصل في جنس هذه المسائل ان كل من تمسك
بالاصل فالقول قوله كما ان كل من تمسك بخلاف الاصل فالبينة بينته سواء
كان الاصل امرا عدميا او امرا وجوديا ويبتنى على هذا الاصل ما ذكره في كفالة
قاضيخان من القاعدة الكلية ان كل من انكر فعل غيره كان القول قوله لانه
متمسك بالاصل ومن ادعى فعل نفسه لا يقبل قوله الا بحجة ولو ادعى المودع انه
امره بدفعها الى فلان وكذبه صاحبها فالقول له انه لم يامره ولو دفع الى
احزما لا ليدفعه الى الحز ثم اختلفا في تقييده فقال الامر امرتك ها بدفعه
الحديد فقال المامور الحجر وقد دفعت له فالقول للوكيل لانهما اتفقا على

الاذن فكان امينا كذا في البحر وهو يلزم اليمين في كل موضع يكون القول
فيه قوله اولا يلزمه ففي القنية وكثير من المواضع يكون القول فيه قوله
بدون اليمين منها قال الوصي لليتيم انفقت عليك كذا من مالك وذلك نفقة
مثله او قال ترك ابوك رقيقا فانفقت عليه من مالك كذا ثم مات او ابق
وقال الصغير ما ترك ابي رقيقا او قال اشتريت لك رقيقا واديت الثمن
من مالك وانفقت عليه كذا فهو مصدق في ذلك كله بلا يمين وقال
في قاضيخان اذا بلغ الصغير وطلب ماله من الوصي فقال الوصي ضاع مني
كان القول قوله لانه امين وان قال انفقت عليك مالك يصدق في نفقة
مثله في تلك المدة ولا يقبل قوله فيما يكذبه الظاهر وان اختلفا في المدة
فقال الوصي مات ابوك منذ عشر سنين وقال اليتيم مات منذ خمس سنين
اختلف المشايخ فيه قال السرخسي القول قول الابن على قول محمد وقال ابو يوسف
القول قول الوصي اذا ادعى الوصي ان الميت ترك رقيقا فانفقت عليهم
الحق كذا ثم ماتوا وكذبه الابن قال محمد والحسن بن زياد القول قول الابن
وقال ابو يوسف القول قول الوصي واجمعوا على ان العبيد لو كانوا احياء
كان القول قول الوصي اذا ادعى الوصي ان الغلام لليتيم ابق فجاء به رجل
فاعطيت جعله اربعين درهما والابن ينكر الاباق كان القول قول الوصي
عند ابي يوسف وفي قول محمد وابن زياد القول قول الابن ولا بد
للوصي من بينة اذا قال الوصي اديت خراج ارضك عشر سنين كل سنة بالف
درهم وقال اليتيم مات ابي منذ خمس سنين كان القول قول الابن
عند محمد وقال ابو يوسف القول قول الوصي ومنها قاض باع مال اليتيم
فرده المشتري عليه بعيب فقال القاضي ابرأتني منه فالقول قوله بلا يمين
وكذا لو ادعى رجل قبله اجارة ارض ليتيم واراد تحليفه لم يحلف وكذا
في كل شيء يدعي عليه وعن ابي يوسف ادعى الموهوب له هلاك الموهوب
عند ارادة الواهب الرجوع فالقول له بدون اليمين ومنها لو قال الواهب
شرطت لي عوضا وقال الموهوب له لم اشترط فالقول له بدون اليمين

ومنها

ومنها اشترى العبد شيئا فقال البايع انت محجور وقال العبد انا ماذون
فالقول له بدون اليمين ومنها اذا اشترى عبد من عبد شيئا فقال
احدهما انا محجور وقال الاخر انا وانت ماذون فالقول له بدون
اليمين ومنها اشترى لابنه الصغير دارا ثم اختلفا مع الشفيع في الثمن
فالقول للاب بدون اليمين ومنها اذا اشترى دارا فجاء الشفيع وانكر
المشتري الشراء وقال انها لابنه الصغير ولا بينة للشفيع فالقول
للمشتري بدون اليمين وقد ذكرناه في فصل خيار العيب ومن فروع
الاصل المذكور ما ذكره القاآني في اخر باب القياس من شرح المغني
اذا اختلف الحافر للبئر مع ولي الهالك فيها فقال الحافر انه اسقط نفسه
فيها وقال الولي بل وقع فيها كان القول قول الحافر استحسانا والقياس
ان يكون القول قول الولي كما ذهب اليه ابو يوسف لان الضمان قد
وجب بعلة قتله الحافر فهو يدعي القاء النفس يريد اسقاط ذلك
عن نفسه فلا يقبل قوله بلا بينة الا انا استحسنا بقول قول الحافر
لانه متمسك بالاصل وهو صلاحية العلة لاضافة الحكم اليها وهو
ينكر خلافه الشرط عن العلة التي هي خلاف الاصل فكان القول قوله
بخلاف ما اذا ادعى الجارح ان المجروح مات بسبب اخر وقال الولي انه
مات من تلك الجراحة حيث يكون القول قول الولي لان الجارح صاحب
علة لا صاحب شرط والاصل في العلة الصلاحية للحكم وكان الولي
هو المتمسك بالاصل هناك انتهى ومن فروعها ايضا اختلف الزوجان في
وصول النفقة والكسوة المقررتين في مدة مديدة فقال الزوج انها
وصلت وقالت الزوجة انها لم تصل فالقول قولها لان الاصل بقاؤها
في الذمة كالمديون اذا ادعى دفع الدين وانكره الداين فالقول للمنكر
لان الاصل عدم الوصول بعد الثبوت بل بقاؤه في الذمة فلو اختلفا
في التمكن من الوطء فالقول للمنكر وكذا لو اختلفا في نفس الوطء لان
الاصل عدمه ولو اختلفا في السكوت والرد عند بلوغ خبر النكاح

فالقول للمرأة لان الاصل عدم الرضاء ولو اختلفا بعد العدة في الرجعة
فيها فالقول لها لان الاصل عدمها ولو اختلفا فيها في العدة فالقول له
لان الاصل وجودها لانه يملك الانشاء فيملك الاخبار ايضا ولو ادعى
المشتري ان اللحم ميتة او ذبيحة مجوسي وانكر البايع فالقول قول المشتري
لانه يدعي بطلان البيع فيكون الاصل عدم البيع ادعت المطلقة امتداد
الطهر وبقاء العدة وانكره الزوج فالقول قولها ولها النفقة لان الاصل
بقاؤها ادعى عليه الدين وانكره الخصم ولا بينة له فالقول للمنكر لان
الاصل عدمه لان الاصل براءة الذمة بخلاف دعوى دفع الدين وانكره
الخصم فان الاصل بقاؤه في الذمة علما تقدم اختلفا في قيمة المتلف
والمغصوب فالقول قول الغارم لان الاصل براءة الذمة عما زاد ولو اختلف
الشريكان او المضارب مع رب المال في الربح فالقول لمن يدعي انه لم يربح
لان الاصل عدمه وكذا لو قال لم اربح الا كذا لان الاصل عدم الزيادة
ولو اختلفا في قبض المبيع والعين المؤجرة فالقول للمنكر لان الاصل عدمه
ولو ادعى المالك انه قرض والآخر انه مضاربة فالقول لها قول الآخر لانهما
اتفقا على جواز التصرف له ثم اختلفا في لزوم الضمان لان الاصل
عدمه ولو اختلفا في قدم العيب والبايع منكر ولا بينة فالقول
للبايع لان الاصل عدمه ولو اختلفا في اشتراط الخيار قيل القول لمن
نفاه لان الاصل عدمه وقيل القول لمن ادعاه لانه منكر لزوم العقد
المخبر ذلك **فصل** فيما يتعلق بدفع الدعوى قال في المحيط
يجب ان يعلم ان دفع الدعوى كما هو صحيح فدفع الدفع صحيح ايضا وكذلك
دفع دفع الدفع وما زاد على ذلك صحيح هو المختار وكما يصح دفع الدعوى
بعد اقامة البينة يصح دفعه قبل اقامة المدعي البينة واذا ادعى المدعى عليه
الدفع وطلب من القاضي الامهال فالقاضي يمهله الى المجلس الثاني انتهى
قال ذو اليد يعني رجل ادعى عينا في يد رجل انه ملكه وقال ذو اليد هذا
الشيء الذي ادعيت انت اودعنيه فلان الغائب او اعارنيه او آجرنيه او رهنه

اوغصبته

اوغصبته منه اي من الغائب وبرهن ذو اليد على ذلك اي على دعواه اعني
الايداع او الاعارة او الاجارة او الرهن او الغصب من الغائب وفي كلامه
اشارة الى ان الخصومة انما تندفع بدعوى شيء من هذه الاسباب اذا كانت
العين قائمة في يد المدعى عليه وقت الدعوى لا هالكا والا فلا كما سيأتي
ولا بد ايضا ان لا يدعي ذو اليد لنفسه والا فلا تندفع كما صرح به في
دعوى البزازية حيث قال في نوع الدفع وان برهن المدعي ان المدعى عليه
ادعاه لنفسه لا يقبل دعوى الايداع من المدعى عليه كما اذا ادعى عليه الفعل
انتهى تندفع خصومة المدعي لانه اثبت بالبينة ان يده ليست يد خصومة
فصار كما لو اقر المدعي بذلك او اثبت ذو اليد اقراره بذلك فانه حينئذ
تندفع الخصومة عن المدعى عليه فكذلك اذا برهن المدعى عليه على دعواه
لكن الشرط اثبات هذه الاسباب بالبينة لا اثبات الملك للغائب حتى
لو برهن ان هذا الشيء ملك فلان الغائب دون هذه الاسباب لا تندفع
عنه الخصومة وفي عكسه تندفع كذا في الزيلعي وقال ابو يوسف فيمن
عرف بالحيل لا تندفع وان برهن وانما تندفع فيمن عرف بالصلاح لان
المحتال من الناس قد يدفع ما اخذ من الناس سرا الى مسافر يودعه
اياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه
القاضي بها لا يقبلها اعلم ان هذه المسئلة سميت مخمسة كتاب الدعوى
لان فيها خمس مسائل الايداع والاجارة والاعارة والرهن والغصب
وقد يلحق به دعوى كونها مزارعة في يده بان ادعى عليه ارضا
محدودا فبرهن على انها في يده بالمزارعة من فلان بن فلان الغائب
وتلحق المزارعة بالاجارة او الوديعة فلا يزداد على الخمس فلذا سميت
بالمخمسة او لان فيها خمسة اقوال قال ابو ح انها تندفع ان برهن على
الاسباب المذكورة ويكتفي بالمعرفة ولو بالوجه فقط وقال محمد تندفع
بالبرهان عليها ولا يكتفي بالمعرفة بالوجه بل لا بد من المعرفة بالوجه
والاسم والنسب وقال ابو يوسف تندفع بالبرهان لو عرف بالصلاح

لا لو عرف بالحيل وقال ابن شبرمة قاضي بغداد لا تندفع مطلقا وان برهن لانه
صار خصما بظاهر يده ولا يخرج عنه باقامة البينة على هذه الاشياء
لانه لا يثبت الملك للغائب بهذه البينة وخروجه من ان يكون حقا انما
يكون في ضمن ثبوت الملك لغيره فلا يثبت المتضمن بدون اصله وقال
ابن ابي ليلى تندفع عنه الخصومة باقراره للغائب من غير حاجة الى اقامة
البينة واختلف في المختار من هذه الاقوال ففي البزازية وتعويل
الائمة على قول محمد وقال المص وبه اي بقول ابي يوسف يؤخذ والوجه فيه
ما ذكرناه وان قال الشهود اي شهود المدعى عليه على الايداع وغيره من
الاسباب المذكورة اودعه من لا نعرفه لا تندفع الخصومة عنه بالاتفاق
من غير ابن ابي ليلى لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولم يعرفوه ولان
ذا اليد ما احال المدعي على معين يمكنه اتباعه فلو اندفعت الخصومة تضرر
المدعي ولو قال ذو اليد اودعنيه او رهنه رجل لا اعرفه وقال الشهود
اودعه فلان بن فلان ذكر الخصاف ان القاضي لا يقبل الشهادة ولا تندفع
الخصومة عن ذي اليد لان دعوى ذي اليد الايداع هنا غير صحيح لجهالة
المودع والشهادة لا تقبل من غير دعوى صحيحة كذا في المحيط بخلاف
قولهم نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه حيث تندفع الخصومة عند الامام
كما تندفع بالاتفاق في قولهم نعرفه باسمه ونسبه ووجهه لانه شهادة
قامت بمعلوم لمعلوم على معلوم فوجب قبولها وكما تندفع عند بعض المشايخ في
قولهم نعرفه باسمه ونسبه ولا نعرفه بوجهه كذا في المحيط خلافا لمحمد حيث
قال لا يقبل ولا تندفع عنه الخصومة بل لا بد من المعرفة بالطرق الثلاث بالوجه
والاسم والنسب لان المعرفة بالوجه فقط ليس بمعرفة وفي البزازية ولو
قال الشهود اودعه من نعرفه بالطرق الثلاث لكن لا نقول ولا نشهد به
لا تندفع الخصومة ولو شهدوا انه دفعه اليه رجل معروف لكن لم ينصوا على
انه ملك ذلك المودع الغائب تندفع لان المقصود دفع الخصومة لا اثبات
الملك للغائب حتى لو عاين الحاكم دفع الغائب اليه او علم اقرار المدعي بالايداع

تندفع

تندفع وكذا تندفع لو قالوا اودعه فلان لكن لا ندري لمن ذلك الشيء او قالوا
كان هذا الشيء في يد فلان الغائب لكن لا ندري ادفعه اليه ام لا وقال
ذو اليد هو دفعه الي تندفع ولو قال المدعي وهبه لك بعد الايداع او باعه
منك بعده يحلف ذو اليد على انه ما وهبه لك ولا باعه منك لانه لو برهن
عليه تقبل فاذا انكر يحلف فاذا برهن على ايداع الغائب او ايجاره او رهنه
واندفع الخصومة عنه فحضر الغائب وبرهن ذو اليد ايضا على ان الغائب
الاخر اودعه او اجره او رهنه تندفع الخصومة ايضا الكل في البزازية
فان قيل ان دعوى الايداع والاجارة والرهن ونحوها من ذي اليد اقرار
منه بان هذا الشيء ملك للغائب فلا يسمع دعواه بعده لنفسه ولا لغيره فكيف
تندفع عنه الخصومة فيما اذا برهن على ان الغائب الاخر اودعه او اجره بعد
اقراره للغائب الاول قلنا لا نسلم ان دعوى هذه الاسباب للغائب اقرار
منه بان هذا الشيء ملك الغائب بل هو اقرار بان هذا الشيء ليس ملكا له
ولا يلزم منه الاقرار بانه ملك الغائب ولو سلم انه اقرار منه بانه ملك
الغائب ولكن لا يلزم منه كون هذا الشيء ملكا للغائب في نفس الامر
فله ان يدعي الايداع لغائب اخر للدفع ما لم يقم الغائب الاول بينة على انه
ملكه وفائدة اقراره للغائب الاول انما تظهر في دفع دعوى المدعي ولو سلم
انه يلزم منه كونه ملكا للغائب الاول لكنه ضمنا لا قصدا لانه ليس باقرار صريح
بل ضمني ولا معتبر بالضمنيات فله دعوى الايداع للغائب الاخر للدفع ومما
يجب ههنا حفظه ان المساومة والاستيداع والاستعارة والاستيجار
والاستيهاب مما تندفع بها الدعوى وكذا الشهادة بها كالمسائل الخمسة المذكورة
لانها اقرار بالملك للبائع والمودع والمعير والموجر او بعدم كونه ملكا له
ضمنا كالاسباب الخمسة والفرق بينه وبين الاقرار الصريح يظهر فيما اذا وصل
العين الى يده يؤمر بالرد الى المقر له اعني المودع والمعير والموجر والواهب
في فصل الاقرار الصريح ولا يؤمر في فصل الاقرار الضمني اعني بيانه انه
اشترى متاعا من انسان وقبضه ثم اراد المشتري استحقه بالبرهان

من المشتري واخذه ثم مات الاب وورثه الابن المشتري لا يؤمر برده الى
البائع ويرجع بالثمن على البائع ويكون المتاع في يد المشتري هذا بالارث
ولو كان اقر عند البيع بانه ملك البائع ثم استحق ابوه من يده ثم مات الاب
وورثه الابن المشتري هذا لا يرجع الى البائع لانه في يده بناء على رغم
بحكم الشراء الاول لما تقرر ان القضاء للمستحق لا يوجب فسخ البيع قبل الرجوع
بالثمن وفي الزيادات ساوم ثوبا ثم ادعى انه كان له قبل المساومة او كان
لابيه يوم مات قبل ذلك وتركه ميراثا له لا يسمع اما لو قال كان لابي
وكلك بالبيع فبينا ومنه ولم ينفذ البيع يسمع لامكان التوفيق كذا في دعوى
البزازية وقال فيها ايضا لو ادعى رجل شراء ثوب وشهدا له بالشراء من
المدعى عليه ثم زعم احد الشاهدين ان الثوب له او لابيه ورثه هو عنه لا يسمع
وكذا اذا شهدا بالاستيجار او الاستيداع او الاستيهاب او الاستعارة
من المدعي يبطل دعواه لنفسه او لغيره وقال في دعوى قاضيخان اذا اقام
المشهود عليه البينة ان المدعي ساومه بالمدعى به قبلت بينته وبطلت
بينة المدعي لان الاستيام اقرار الملك للبائع او اقرار من المساوم بان
لا ملك له فيما ساومه فلو ان المدعي بعد بينة المدعى عليه على هذا الوجه
اقام البينة ان صاحب اليد استام من المدعي بها قبلت هذه البينة ويبطل
الدفع الاول لان في رواية الجامع الاستيام اقرار بالملك للمستام منه
فكان المدعي بهذا الدفع مدعيا اقرار صاحب اليد انها ملك المدعي والتناقض
يبطل بتصديق الخصم وهو صاحب اليد فيصير في التقدير كان صاحب
اليد ادعى ان المدعي اقر بان الدار ملك صاحب اليد ثم ان المدعي ادعى
ان صاحب اليد اقر بعد ذلك ان الدار ملك المدعي ولو كان هكذا يبطل
دفع صاحب اليد واعلم ان الخصومة كما تندفع بدعوى المدعى عليه واحدا
من الاشياء الخمسة المذكورة واثباته بالبرهان كذلك تندفع بدعوى
المدعى عليه اقرار المدعي بواحد من الاشياء المذكورة واثباته بان
هذا المدعي اقر بان هذا الشيء الذي يدعيه اودعيته فلان الغائب او اجرنيه

او عارنيه

او اعارنيه وبرهن عليه وهذا بناء على ما تحقق وتقرر ان دعوى الاقرار معتبر
في طرف الدفع فيندفع بها دعوى الاستحقاق من المدعي على ما عليه عامة
المشايخ وقيل انه غير معتبر والمختار هنا قول العامة ايضا على عكس ما في
طرف الدفع والاصل في هذا ان الدفع للابقاء لا للاثبات والاستحقاق
للاثبات ما لم يكن لا للابقاء والظاهر يكفي للابقاء الى الاثبات لان الاثبات
قوي فلا بد له من حجة قوية والاقرار حجة ظاهرة فيكفي للدفع والابقاء
لا للاثبات واستدلوا عليه بمسائل منها ما ذكره الخصاف ادعى انه اقر
بهذا العين لابيه او لجده ولا وارث له غيره او اقربائه له ولم يقل انه ملكي
قيل يحكم له به كما لو شهدوا انه له واكثرهم على انه لا يحكم له حتى يقول
وهو ملكي لان دعوى الملك بناء على الاقرار المجرد لا يصح نص عليه في
الاقضية وفي البزازية والفتوى على قول الاكثر ومنها ما ذكره في المنتقى
ادعى شيئا وبرهن عليه عند الحاكم وحكم به له فقبل قبضه برهن المطلوب
بان المدعي اقر انه لا حق له فيه ان كان شهدوا على هذا الاقرار قبل القضاء
به للمدعي بطل شهود المدعي ودعواه ايضا وان بعد القضاء لا يبطل
وذكر في المنتقى ايضا في موضع اخر برهن المالك على الغاصب بانه غصب
منه هذا الشيء وادعى الغاصب ان المالك هذا اقر به له انه تقبل منه الحجة
والمغصوب في يده ام يأمره بتسليم الغصب ثم يسأله الحجة قال ان كانت
برهانه حاضرا قبله واقر العين بيد المدعى عليه والا لا يؤخر برهن
على ان هذا ارث له عن ابيه فبرهن المطلوب على اقرار ابيه حال حيوته انه
لا حق له فيه او برهن على اقرار المدعي حال حيوة ابيه او بعد مماته انه لم يكن
لابيه بطل دعوى المدعي وبرهانه وكذا لو برهن المطلوب على اقرار المدعي
قبل دعواه انه ليس له او ما كانت له او لا حق له فيه وهناك من يدعيه
بطلت بينة المدعي وفي الاصل برهن المطلوب على اقرار الوكيل ان هذا
المدعى به ليس لموكله بطلت بينة الوكيل وهذه المسائل تدل على ان دعوى
اقرار المدعي مسموعة في طرف الدفع لا في طرف الاستحقاق هكذا ذكره

في دعوى البزازية ثم قال وتمامه ما ذكر في الذخيرة ادعى ان له عليه كذا
او ان العين الذي في يده له لما انه اقر له به او ابتداء بدعوى الاقرار
وقال انه اقر ان هذا لي او اقر ان لي عليه كذا قيل يصح وعامة المشايخ على
انه لا يصح لعدم صلوح الاقرار للاستحقاق كالاقرار كاذبا فلا يصح الاقرار
لاضافة الاستحقاق اليه بخلاف دعوى الاقرار من المدعى عليه على المدعي
بان برهن على انه اقر انه لا حق له فيه او بانه ملك المدعى عليه حيث يقبل
وقيل لا يقبل في طرف الدفع ايضا وعامة المشايخ على انه يقبل في طرف
الدفع للفرق بينهما واجمعوا انه لو قال هذا العين ملكي وهكذا اقر به المدعى
عليه يقبل لانه لم يجعل الاقرار علة الاستحقاق ولو برهن عليه ايضا
يقبل ولو انكر الاقرار في هذه الصورة هل يحلف على اقراره قيل انه على
الخلاف بين ابي يوسف ومحمد والفتوى على انه يحلف على المال لا على الاقرار وذكر
القاضي ان دعوى المال بناء على الاقرار مقبولة عند عامة المشايخ وان
كان في طرف الاستحقاق وهذا خلاف ما ذكرناه من الذخيرة والمختار
ما في الذخيرة وهذا كله على قول من جعل الاقرار اخبارا واما على قول من
جعله تمليكا للحال يقبل بلا خفاء كذا في البزازية وسياتي بيانه في
كتاب الاقرار واعلم ان الدعوى انما تندفع بدعوى المدعى عليه بشئ من
الايداع والاعارة والاجارة والرهن والغصب اذا كان العين المدعى به
قائما في يد المدعى عليه حين الدعوى والا فلا تندفع كما اذا كان عبدا
في يد رجل مات وجاء رجل يدعي واقام بينة انه عبده واقام ذو اليد
بينة ان العبد كان وديعة في يده من جهة فلان او كان باجارة في يده
من جهة فلان او عارية فانه لا يندفع عنه الخصومة ويقضي القاضي بقيمة
العبد للمدعي والفرق بين هذا وبين ما كان العين قائما في يده وقت الدعوى
ان العين اذا كان قائما في يده يقع الدعوى في العين والمدعى عليه
انما ينتصب خصما له في العين بظاهر يده فان ظاهر اليد يدل على الملك
الا انه يحتمل انه ليس يد ملك وباقامة البينة ان العين وديعة عنده ظهر

ان

ان يده ليست يد ملك فيندفع عنه الخصومة اما اذا كان العين هالكا فالدعوى
يقع في القيمة الدين ويحل الدين الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما عنه
للمدعي بذمته وباقامة البينة ان العين الهالك كان في يده وديعة
لا يتبين ان ذمته لغيره فلا يتحول الخصومة عنه واذا كان عبدا ايضا
في يد رجل ابق من يده وجاء رجل يدعي انه عبده واقام بينة واقام
صاحب اليد بينة انها وديعة او اجارة او رهن او غصب من فلان الغائب
فلا تندفع عنه الخصومة كما في الموت لان الاباق توجب ضمان القيمة
كالموت بعينه الا انه في فصل الاباق اذا قضى القاضي بقيمة العبد الابق
للمدعي على المدعى عليه اعني ابق العبد من يده ثم عاد العبد من الاباق ففي
صورة الوديعة والاجارة والرهن يعود على ملك الغائب وفي الغصب
والعارية يعود على ملك من ابق العبد من يده ووجه الفرق مذكور في
المحيط ولو قال اي المدعى عليه اشتريته منه اي من فلان الغائب لا تندفع
الخصومة لانه لما زعم بدعوى الشراء ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما فلا يندفع
عنه خصومة المدعي سواء ادعى عليه المدعي الشراء قبل شرائه او الاجارة
قبله او الرهن قبله واعلم انهم اختلفوا في ان المشتري هل يصير خصما لمن
يدعي عليه اجارة او رهنا او شراء قبل شرائه ام لا يصير خصما قال بعضهم يصير
خصما وبعضهم لا يصير خصما والمختار هو الاول ولهذا اختاره المص واختلفوا
ايضا في ان المستاجر هل يصير خصما لمن يدعي عليه الاجارة او الرهن
او الشراء بان ادعى عليه انه استاجر هذه الدار او الدابة قبله او اشتراها
قبله او ارتهنها قبله ام لا يصير خصما قال بعضهم يصير خصما قال صاحب
الذخيرة وهذا القول اقرب الى الصواب وقال بعضهم لا يصير خصما الا ان
يدعي عليه فعلا بان يقول استاجرتها منه وقبضتها منه ثم قبضتها مني
فانه يصير خصما وتسمع البينة عليه واما بدون دعوى الفعل عليه
فلا ينتصب خصما منه وقال شمس الائمة السرخسي الصحيح ان المستاجر
الثاني لا يكون خصما حتى يحضر المالك بمنزلة لانه لا يدعي ملك العين فلا يكون

خصما للاول قال في العمادي والفصولين والحاصل ان المستاجر لا يكون خصما
لمن يدعي الاجارة ولا لمن يدعي الرهن ولا لمن يدعي الشراء والمشتري يكون
خصما للكل وكذلك الموهوب له قال هذا القول مال الامام المعروف
بجوهر زاده انتهى هذا وكذا لا تندفع فيما ادعى عليه الخارج الشراء منه وبرهن
المدعى عليه انه مودع فلان الغائب وهذا اتفاق فيما اذا ادعى الشراء
منه بدون القبض واما اذا ادعى الشراء منه مع القبض ففيه خلاف
قيل تندفع لانه كدعوى الملك المطلق الا يرى انه لو برهن على انه باع منه
عبدا مجهولا وسلمه اليه تقبل مع ان الجهالة تمنع صحة البيع لكن لما اقترن
به ذكر التسليم حمل على دعوى الملك المطلق واكثرهم على انها لا تندفع لان
السبب بعد ما ذكر لا يلغى كذا في البزازية حيث قال وان ادعى الفعل
عليه بان قال غصبته مني او اودعتك او اشتريت منك وبرهن ذو اليد
على وصوله اليه من الغائب الفلاني على وجه لا يفيد ملك الرقبة له كالايداع
منه لا تندفع بخلاف دعوى الملك المطلق حيث تندفع فيه والفرق ما عرف
ان دعوى الملك المطلق لا يصح الا على ذي اليد او نائبه والمودع ليس بذي
يد ولا نائبه بخلاف دعوى الفعل فانه يصح على غير ذي اليد فان دعوى
الغصب يصح على الغاصب وان كان العين في يد غاصب الغاصب ثم قال
وفي دعوى الشراء انما لا تندفع الخصومة عنه اذا ادعاه بدون القبض
اما اذا ذكر معه القبض فهو دعوى الملك المطلق فتندفع وجماعة من
مشايخنا قالوا لا تندفع ايضا لان دعوى الشراء بقي معتبرا ولهذا لا يحكم
القاضي بالزوائد المنفصلة ولا يكون للباعة ان يرجع بعضهم على بعض
ولو كان كدعوى الملك المطلق لكان الامر بخلافه ووضع محمد المسئلة في
الدار وقال انه تندفع والرواية في الدار رواية في العبد ونحوه وذكر
الوتار ادعى الشراء والقبض منه وقال لم احدثت عليه اليد فبرهن ذو اليد
على ايداع الغائب عنده تندفع معللا بان دعوى الشراء مع القبض دعوى
الملك المطلق لا نقضاء الشراء بجميع احكامه انتهى وكذا اي لا تندفع لو قال

المدعي سرقته انت او غصبته انت مني وان وصلته برهن ذو اليد على ايداع
الغائب لانه صار خصما له بدعوى الفعل عليه لا بدعوى اليد ولا تندفع
بدعوى احالة الملك الى الغير لانه لم يدع الملك عليه بل ادعى الفعل وفعله
لا يتردد بين ان يكون له ولغيره حتى يقال انه اثبت بالبينة ان فعله فعل
غيره بل فعله مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق لان ذا اليد صار
خصما فيه بيده ويده مترددة بين ان يكون له ولغيره وباقامة البينة
اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما وكذا اي لا تندفع ان قال المدعي
سرق على بناء المفعول مني واقام المدعى عليه البينة ان فلان الغائب
اودعنيه خلافا لمحمد حيث قال تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما
لو قال غصب مني على بناء المفعول فانه تندفع بالاتفاق قال في الخامس عشر من
دعوى البزازية وان ادعى على غير ذي اليد بان قال غصبها مني فلان فهو كدعوى
الملك المطلق على ذي اليد وكذا اذا ذكر باسم ما لم يسم فاعله نحو قوله غصب
مني واما اذا قال سرق مني فكذلك عند محمد وهو القياس وفي الاستحسان
وهو قول الامامين انه كدعوى عليه لان في ذكر الفاعل اشاعة الفاحشة
بخلاف قوله غصب مني انتهى وقال فيها ايضا قال محمد مودع الغاصب وغاصب
الغاصب خصم لمن يقول انه ملكي غصبه مني فلان ثم غصبته منه او اودعه
عندك انتهى ولهما وهو الاستحسان ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة
والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه
فان قيل اذا لم تندفع فربما يقضى عليه بالعين فيجعل سارقا فما وجه درء
الحد اجيب بان وجهه انه اذا جعل خصما وقضي عليه بتسليم العين الى المدعي
ان ظهر سرقته بعد ذلك ببينة لم يقطع يده لظهور سرقته بعد وصول
المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا اندفع الخصومة عنه ولم
يقبض بالعين المدعي فمتى ظهرت سرقته بعد ذلك ببينة قطعت يده لظهورها
قبل ان يصل العين الى المالك فكان في جعله سارقا احتيالا للدرء بخلاف
ما اذا قال غصب مني على بناء المفعول لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه

ولو قال المدعي ابتعته من زيد وقال ذو اليد اودعنيه هو اي زيد اندفعت
الخصومة بلا حجة لتوافقهما على اصل الملك لغيره فيكون وصوله الى ذي اليد
من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا اذا برهن المدعي ان زيدا وكله بقبضه
لانه اثبت ببينته انه احق بامساكه وفي قوله اودعنيه هو اشارة الى ما ذكره
في البزازية من انه لو قال ذو اليد اودعنيه وكيل زيد لا تندفع بلا حجة
وقال فيها ايضا من قبل هذه المسئلة نقلا عن الذخيرة ادعى انه له غصبه
منه فلان الغائب وبرهن عليه وزعم ذو اليد عليه ان هذا الغائب اودعه عنده
تندفع بلا برهان لاتفاقهما على وصول العين من غيره وان صاحب اليد ذلك
الرجل بخلاف ما اذا كان مقام دعوى الغصب دعوى السرقة فانه لا تندفع
بزعم ذي اليد ايداع ذلك الغائب منه في الاستحسان **باب**
دعوى الرجلين لا تعتبر بينة ذي اليد في الملك المطلق اي عن ذكر
السبب والتاريخ والنتاج وغيرها على ما سيأتي ذكره وهذا لان
الملك ثابت له باليد فلا حاجة له الى البينة فتلغو وبينة الخارج اي عن
التصرف واليد فيه اي في الملك المطلق احق من بينة ذي اليد عند
الثلاث ان لم يؤرخا وان ارخ احدهما فقط فبينة صاحب الوقت اولى عند
ابي يوسف خلافا لهما على ما سيأتي وقال الشافعي بينة ذي اليد احق
مطلقا قلنا ان الخارج هو المدعي فالبينة له لما روينا البينة للمدعي واليمين
على من انكر ولان بينته اكثر اثباتا لعدم الثبوت قبلها اصلا فكانت
اولى لانها شرعت للاثبات بخلاف بينة ذي اليد لانه وجد الثبوت قبلها
بحكم اليد برهنا اي الخارجان في دعوى الملك المطلق على ملك في يد آخر
اي الثالث فقضي لهما على التنصيف وقال الشافعي في رواية تهاترتا لتعارض
وعدم الترجيح وفي رواية اخرى عنه تقرع بينهما لما روي عن سعيد بن المسيب
ان النبي عم اقرع فيه وقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ولنا حديث
تميم بن طرفة الطائي ان النبي عم فقضى فيه بنصفين بينهما وحديث القرعة
كان في الابتداء وقت اباحة القمار ثم نسخ بحرمة القمار ولان المطلق للشهادة

محمل

محمل الوجود في حق كل منهما بان يعتمد احدهما سبب الملك بان رآه يشتري
فشهد على ذلك والآخر يعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان
صحيحتين فيجب العمل بهما ما امكن فيعمل بالتنصيف واعلم ان الجملة في هذا
الباب ان الرجلين اذا ادعيا عينا فلا يخلو اما ان ادعيا ملكا مطلقا او شراء
او ارثا وكل قسم ثلثة اقسام لانه اما ان يكون المدعى في يد ثالث او في
ايديهما او في يد احدهما وكل قسم ثلثة اقسام لانه اما ان برهنا او لم يبرهنا
او برهن احدهما فقط والاول اربعة اقسام لانه اما ان لم يؤرخا او ارخا
تاريخا واحدا او تاريخا متفاوتا او ارخ احدهما فقط فحصل اربع وخمسون
قسما تسعة منها ما لم يبرهنا فالحكم فيها عدم سماع دعواهما وترك العين على
صاحب اليد لكن لا على وجه القضاء حتى لو اقاما او اقام احدهما البينة
بعده تسمع وتسعة منها ما برهن احدهما دون الآخر فالحكم فيها ان العين
للمبرهن فبقيت ست وثلثون قسما وهي التي برهنا فيها بيانها انهما ان ادعيا
ملكا مطلقا والعين في يد ثالث ولم يؤرخا او ارخا تاريخا واحدا وبرهنا
يقضى بينهما لاستوائهما في الحجة وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى
بالاسبق لانه اثبت الملك لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره فيقضى
بالملك له ثم لا يقضى بعده لغيره الا اذا تلقى الملك منه ومن ينازعه
لم يتلق الملك منه فلا يقضى له به ولو ارخ احدهما فقط فعند الح وعلى
قول ابي يوسف اولا وعلى قول محمد آخرا لا عبرة للتاريخ ويقضى بينهما نصفين
لان توقيت احدهما لا يدل على تقديم ملكه لانه يجوز ان يكون الآخر اقدم منه
ويحتمل ان يكون متاخرا عنه فجعل مقارنا رعاية للاحتمالين وعند ابي
يوسف للمؤرخ لانه اثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت يقينا ومن لم يؤرخ
يثبت للحال يقينا وفي ثبوته وقت تاريخ صاحبه شك فلا يعارضه
وعند محمد يقضى لمن اطلق لان دعوى الملك المطلق دعوى الملك من الاصل
ودعوى المؤرخ تقتصر على وقت التاريخ ولهذا ترجع الباعة بعضهم على
بعض ويستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة فكان المطلق اسبق تاريخا

فكان اولى هذا فيما اذا كان العين في يد ثالث وان كان في يدهما فكذلك الجواب
لانه لم يترجح احدهما على الاخر باليد ولم ينحط حاله عن حال الاخر باليد
وان كان في يد احدهما فان ارخا تاريخا متساويا او لم يورخا فهو للخارج
لان بينته اكثر اثباتا وان ارخا واحدهما اسبق فهو لاسبقهما لما تقدم من
انه اثبت الملك لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره وعن محمد انه رجع عن
هذا القول وقال لا تقبل بينة ذي اليد على الوقت ولا على غيره لان البينتين
قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فاستوى المتقدم والمتاخر فيقضى
للخارج ولهما ان البينة مع التاريخ تتضمن معنى الدفع فان الملك اذا ثبت للشخص
في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي منه فصارت بينة ذي اليد
بذكر التاريخ متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي
من قبله وبينته على الدفع مقبولة وعلى هذا اذا كان العين في ايديهما
فصاحب الوقت اولى عندهما وعنده يكون بينهما وان ارخ احدهما دون الاخر
فعند ابي يوسف يقضى للمورخ لان بينته اقدم من المطلق وعند ابي حنيفة ومحمد
يقضى للخارج سواء ارخ الخارج او ذو اليد لان التاريخ حالة انفراد احدهما
بالتاريخ الملك المطلق غير معتبر عندهما هذا كله في دعوى الملك المطلق
وان ادعيا الارث من ابيهما فان كان العين في يد ثالث ولم يورخا او ارخا
سواء فهو بينهما نصفان لاستوائهما في الحجة وان ارخا واحدهما اسبق
فهو لاسبقهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وكان محمد يقول اولا يقضى به
بينهما نصفان في الارث والملك المطلق لعدم اعتباره التاريخ ثم رجع
الى قولهما وان ارخ احدهما دون الاخر قضي بينهما نصفين اجماعا لانهما لو ادعيا
تلقي الملك من رجلين فلا عبرة للتاريخ وقيل يقضى للمورخ عند ابي يوسف
ولو كان العين في ايديهما فكذا الجواب وان كان العين في يد احدهما
ولم يورخا او ارخا سواء يقضى للخارج وان ارخا واحدهما اسبق فهو لاسبقهما
وعند محمد للخارج لانه لا عبرة للتاريخ هنا وان ارخ احدهما لا الاخر فهو
للخارج اجماعا وقيل للمورخ هذا في دعوى الارث وان ادعيا الشراء

من

من واحد ولم يورخا او ارخا سواء فهو بينهما نصفان لاستوائهما في الحجة
وان ارخا واحدهما اسبق يقضى لاسبقهما اتفاقا بخلاف ما لو ادعيا الشراء
من رجلين لانهما يثبتان الملك لبائعيهما ولا تاريخ لملك البائعين فتاريخه
لملكه لا يعتد به وصار كانهما حضرا وبرهنا على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما
اما هنا فقد اتفقا على ان الملك كان لهذا الرجل وانما اختلفا في التلقي منه
وهذا الرجل اثبت التلقي لنفسه في وقت لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له
به ثم لا يقضى به لغيره بعده الا اذا تلقى منه وهو لا يتلقى منه وان ارخ
احدهما دون الاخر فهو للمورخ اتفاقا لانه اثبت شراءه لنفسه في زمان
لا ينازعه فيه غيره فيقضى له به حتى يتبين تقدم شراء غيره عليه بخلاف ما
لو ادعيا الشراء من رجلين ووقت احدهما لا الاخر فانه يقضى بينهما نصفين
لان كل واحد منهما خصم عن بائعه في اثبات الملك له وتوقيت احدهما
لا يدل على سبق ملك بائعه ولعل ملك البائع الاخر اسبق فلذا قضينا بينهما
وهنا اتفقا على ان الملك لبائع واحد فحاجة كل منهما الى اثبات سبب الانتقال
اليه لا الى اثبات الملك للبائع وسبب الملك في حق من وقت شهوده اسبق
فكان اولى وان كان العين في ايديهما فهو بينهما الا اذا ارخا واحدهما
اسبق فيقضى لاسبقهما وان كان في يد احدهما فهو لذي اليد سواء
ارخ او لم يورخ الا ان ارخا وتاريخ الخارج اسبق فيقضى به للخارج كذا في
الفصولين وسياتي في الكتاب ايضا ولو برهنا على نكاح امراة سقطا
لتعذر العمل بهما في النكاح فيرجع الى تصديق المراة وهي لمن صدقته
لان النكاح مما يحكم بتصادق الزوجين هذا فيما اذا لم يورخا فان ارخا فالسابق
اولى لما فيه من زيادة الاثبات ولانه لا معارض له في ذلك الزمان
وان اقرت المراة لاحدهما قبل البرهان فهي له لتصادقهما فان برهن الاخر
بعد ذلك قضي له لان البينة اقوى من الاقرار ولو برهن احدهما ثم اقرت
للاخر فالحكم فيه ايضا بطريق الاولى ولو برهنا بعدما اقرت لاحدهما فان
وقتا فالسابق اولى وان لم يوقتا فالذي ذكرت بينته اولى وان لم تترك بينتهما

او ارّخا فعند بعض مشايخنا يقضي للمقرّ له سابقا وعند بعضهم لا يقضي لواحد
منها وان برهن احدهما فقضي له ثم برهن الاخر بعد ذلك لا تقبل لان الاول
قد صح وتأكد بالقضاء ومضى فلا ينقض بما دونه الا ان اثبت سبقه
في نقيضه له لانه قد ظهر بسبق التاريخ خطاء الاول بيقين وكذا لا يقبل برهان
خارج على ذي يد نكاحه ظاهر لان اليد الظاهرة دليل السبق فلو قضي
بالنكاح للخارج ببينة ثم اقام صاحب اليد بينته تقبل بينته عند بعض المشايخ
لا عند بعض اخر على ما في العمادي الا ان اثبت الخارج سبقه ح يقبل بينة
الخارج للسبق اقول توضيح هذه المسئلة ان دعوى نكاح المراة من رجلين
اما ان يكون في حال حيوتها او بعد موتها وان كان في حال حيوتها
فاما ان يكون متعاقبا او معا وان كان معا فاما ان يكون ثم بينة اولا
وان لم يكن لهما بينة اصلا فاما ان يكون لاحدهما فقط شيء من اليد والدخول
والاقرار من المراة او لاحدهما شيء من هذه الثلثة وللاخر شيء اخر من
هذه الثلثة ايضا بان يكون لاحدهما يد وللاخر دخول مثلا اولا هذا ولا
ذاك فان كان لاحدهما فقط شيء من هذه الثلثة فهي امرأته لتأكد دعواه
بما يدل على السبق لان كلا من هذه الثلثة يدل على السبق وان كان لاحدهما
شيء من هذه الثلثة وللاخر شيء اخر منها بان يكون لاحدهما يد وللاخر
دخول او اقرار المراة له فصاحب اليد اولى على ما قاله محمد بن الفضل ولو كان
لاحدهما دخول وللاخر اقرار فصاحب الدخول اولى قياسا على ما قاله محمد بن
الفضل لان الدخول اقوى من الاقرار ولم اره صريحا وان لم يكن لاحدهما
شيء من هذه الثلثة اصلا لم يقض لواحد منها لتهاتر دعواهما وان ثم بينة فاما
من طرف واحد او من طرفين وان كان من طرف واحد فايهما اقام البينة فهي
امرأته سواء كان للاخر شيء من اليد والدخول والاقرار او لم يكن لان البينة
اقوى منها وان كان من طرفين فاما ان لم يورخا او ارخ احدهما فقط او
كلاهما تاريخا مساويا او متفاوتا فان لم يورخا او ارخا تاريخا مساويا
فاما ان يكون لاحدهما شيء من هذه المعاني الثلثة او لم يكن فان لم يكن بطلت

البينتان لان النكاح حالة الحيوة لا يحتمل الشركة وليس احدهما باولى من الاخر
لعدم المرجح بخلافه بعد الموت على ما سياتي وان كان لاحدهما شيء من هذه
الثلثة فبينته اولى لتأكدها بما يدل على السبق وللتصادق فيها في الاقرار والنكاح
ما يثبت بالتصادق الا ان يقيم الاخر بينة على السبق فتقبل لان البينة اولى
من اليد ونحوه وان كان لاحدهما يد وللاخر اقرار وبرهنا قيل يحكم للمقر له
ترجيحا بالاقرار وقيل يحكم لذي اليد ترجيحا باليد قلت وهو الاولى لان اليد
اقوى من الاقرار وان اقام كل واحد منهما بينة على الدخول لا يقضي شيء من اليد
والدخول والاقرار فصاحب التاريخ اولى لانه اكثر اثباتا وان كان للاخر
شيء من اليد والدخول فصاحب اليد والدخول اولى وكذا اذا كان للاخر
اقرار على ما صرح به في الخلاصة والبزازية لان كلا من هذه الثلثة من
اسباب الترجيح وان ارخا متفاوتا فالسابق اولى سواء كان للاخر واحد
من هذه الثلثة او لم يكن لانها اكثر اثباتا وبه افتى مشايخ الاسلام هذا كله
فيما كانت الدعوى حال حيوتها وان كانت بعد موتها ففي قاضيخان يقضي
لهما بميراث زوج واحد لان حكم النكاح بعد الموت الميراث وانه يحتمل
الشركة وقال في الخلاصة اما بعد موت المراة ان اقاما بينة ان كان
تاريخ احدهما اسبق يقضى له وان كان تاريخهما سواء او لم يورخا يقضى
بالنكاح بينهما وعلى كل واحد نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد وان
جاءت بولد يثبت النسب منهما ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل وهما
يرثان من الابن ميراث اب واحد انتهى وهذا فيما اذا كان اقرار المراة قبل
البينة فيبطل بينة الاخر فلا يعتبر قبلها وقيل يعتبر ولو كان قبلها فيقضى
للمقر له والمختار عند الصدر الشهيد وصاحب التتمة والبزازية هو الاول
وقال في دعاوى قاضيخان ادعت اختان على رجل واقامت كل واحدة منهما
البينة انه تزوجها اولا كان ذلك الى الزوج اذا صدق واحدة منهما
انها نكحت اولا كانت امرأته وتبطل بينة الاخرى ولا شيء لها من المهر ان
لم يكن دخل بها وان قال الزوج لم اتزوج واحدة منها او قال تزوجتهما جميعا

ولا ادري الاولى منها واعلم انه لو برهن الخارج وذو اليد على النكاح مطلقا
بلا تاريخ يقضي ببينة ذي اليد فلو قضى للخارج في النكاح ببينة ثم برهن
ذو اليد هل يقضي ببينته اختلف فيه المشايخ وفي مطلق الملك فما سوى
النكاح لا تقبل بينة ذي اليد على الملك بعد ما قضي عليه وفاقا كذا في
الفصولين ههنا مسئلة واقعة الفتوى ادعى رجل نكاح امراة لها زوج
ظاهر وانكر الزوج الظاهر هل المراة للاول او للثاني ففي دعوى النكاح
من البزازية ادعى عليها نكاحا فقالت كنت زوجته لكني اخبرت بوفاته
فاعتدت وتزوجت بهذا فهو زوجة المدعي وهل يشترط حضور الثاني
للتفريق ففي دعوى البزازية ايضا لو ادعى نكاح امراة لها زوج ظاهر
يشترط حضور هذا الزوج ايضا وان برهنا على شراء شيء من اخر اي
من ثالث وهو صاحب اليد لان بيان ما كان لاحدهما يد او تاريخ سيأتي
عن قريب فلكل نصفه بنصف ثمنه الذي شهد به بينته ويرجع بنصفه الاخر
على البايع ان نقده لاستوائهما في الدعوى والحجة كما لو كان دعواهما
في الملك المطلق واقاما البينة بلا تاريخ او تاريخ مساو او يتركه لان
شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه فلعل رغبته
في تملك الكل ولم يحصل فيرده ويأخذ كل الثمن وللاخر ان يأخذ كل
المبيع بكل ثمنه ويترك احدهما بعد ما قضي لهما بنصفين لا يأخذ الاخر
كله لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه بقضاء القاضي
فلا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه
قلنا انه خصم في النصف الذي قضى به عليه لظهور استحقاق كل واحد
منهما الكل بالبينة لولا بينة الاخر بخلاف ما لو ترك احدهما قبل ما قضي لهما
لان للاخر ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل والحجة قامت به ولم ينفسخ سببه
وزال مزاحمة الاخر بتركه وهو المانع هكذا فاما اذا لم يكن لاحدهما يد ولا تاريخ
او لهما تاريخ مساو فان كان لاحدهما يد او تاريخ دون الاخر فهو اولى
من الاخر اما الثاني فلانه ثبت له الملك في ذلك الوقت بتوقيته ووقع الشك

في

في ملك الاخر فلا يقضى للاخر بالشك ولا يثبت له الملك واما الاول
فلان تمكنه من قبضه اليد يدل على سبق شرائه وتحقيق هذا يتوقف على
مقدمتين احدهما ان الحادث يضاف الى اقرب اوقاته والثانية ان ما بعد
الموت بعدية زمانية فهو بعد فاذا عرفت هذا فقبض القابض وشراء
الاخر امران حادثان فاقرب اوقاتهما هو زمان الحال فيضافان اليه ويثبتان
فيه ولا شك ان قبض القابض بعد شرائه زمانا ويلزمه ان يكون شراء
الاخر بعد شراء القابض لان شراء الاخر وقبض القابض مقارنان زمانا
لما ذكرناه انهما يضافان الى زمان الحال وقد عرفت ان قبض القابض بعد
شرائه زمانا فكذا ما معه بالزمان فثبت ان شراء القابض مقدمة على الاخر
فيكون اولى منه وان ارخا بتاريخ متفاوت فالسبق اولى لانه اثبت الشراء
في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر به وان كان لاحدهما يد
وللاخر تاريخ فذو اليد اولى لان القبض موجود بيقين لا ينقض بالشك
وتاريخ الاخر محتمل فلا ينقض به اليد الثابتة بيقين الا ان يشهدوا ان شراءه
كان قبل شراء ذي اليد فيكون الخارج اولى لان الصريح اولى من الدلالة
والبينة صريح واليد دلالة والشراء احق من هبة وصدقة مع قبض
يعني ادعى احدهما الشراء من رجل والاخر الهبة او الصدقة من ذلك
الرجل مع القبض وبرهنا ولا تاريخ لهما فبينة الشراء احق لانه لكونه معاوضة
من الجانبين كان اقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة والصدقة
لا يثبته الا بالقبض فكان الشراء والهبة والصدقة ثابتين معا والشراء
مثبت للملك دونهما لتوقفهما على القبض فالمثبت اولى والهبة والصدقة
المقبوضتان يعني ادعى رجل هبة مقبوضة والاخر صدقة مقبوضة
واقاما البينة فان وقت احدهما دون الاخر قضيت بها لصاحب الوقت
ان لم يكن في يد من لم يوقت وان كان في يده قضيت بها له لان اليد
دليل السبق الا ان يقيم الموقت بينة اخرى ان وقته اقدم وان لم يكن
هناك تاريخ ولا قبض معاين لاحدهما فهو بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام والرحى

والعبد والدابة سواء فيقضى به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح
بلزوم الصدقة حيث لا يصح الرجوع فيها لوصول العوض اليه وهو الثواب
كما صح في الهبة لانه ترجيح بما يظهر اثره في ثاني الحال والترجيح انما يكون
بمعنى قائم في الحال واختلفوا فيما يحتمل القسمة كالدار والبستان قال
بعضهم انه سواء ايضا كما فيما لا يحتملها لان كل واحد منهما اثبت قبضه في
الكل ثم الشيوع بعد ذلك طار وذلك لا يمنع صحة القبض والصدقة
والهبة وقال بعضهم لا يصح ولا يقضى لهما بشيء لانه تنفيذ الهبة في الشائع
قضاء كاقامة البينتين على الارتهان وقيل هذا على قول ابي حنيفة اما على قول صاحبيه
فينبغي ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح
انه لا يصح على قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضي
بالعقد الذي يشهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة لرجلين
عندهم جميعا وانما يثبت الملك بقضاء القاضي وكون الشيوع في الملك
المستفاد بالهبة مانع صحتها وكذا الشراء والمهر يعني ادعى رجل على رجل
انه اشترى منه هذا العبد الذي في يده وادعت المراة على ذلك الرجل
الذي هو صاحب يد انه تزوجها على هذا العبد ولم يؤرخا او ارخا على
السواء يقضى به بينهما على السواء عند ابي يوسف لاستوائهما في القوة فان
كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وللمراة على زوجها نصف
قيمة العبد ويرجع المشتري على الزوج بنصف الثمن ان كان نقده اياه
وعند محمد الشراء اولى لان العمل بالبينات مهما امكن واجب فان قدمنا
النكاح بطل العمل بها وان قدمنا الشراء صح العمل بها معا لان التزوج على
ملك الغير صحيح والتسمية صحيحة ويجب القيمة ان لم يجز صاحبه فتعين
تقديمه ويجب على الزوج القيمة عملا بموجب العقد والجواب عن ابي يوسف
على ما في الاسرار ان المقصود من ذكر السبب هو ملك العين والنكاح
اذا تاخر لم يوجب ملك عين المسمى كما اذا تاخر الشراء فهما سواء في حق
ملك العين وبينة الرهن مع القبض احق من بينة الهبة معه اي مع القبض

وهذا استحسان والقياس عكسه لان الهبة يثبت الملك والرهن لا يثبته و
المثبت اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وحكم الهبة
غير مضمون وعقد الضمان اقوى من التبرع وهذا ان لم تكن الهبة بشرط
العوض فان كانت بشرط العوض فهي اي فبينتها اولى من بينة الرهن
لان الهبة بشرط العوض بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لان البيع عقد
ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى
لا صورة ولم يذكر الشراء مع الهبة بعوض في الجامع انهما سواء مستدلا
بما ذكرناه من ان الهبة بشرط العوض بيع انتهاء وقال فيه ايضا والمراد
حكم الشراء الفاسد مع القبض والهبة مع القبض فان الملك في كل منهما
متوقف على القبض وينبغي تقديم الشراء للمعاوضة انتهى وفيه ايضا
انه لو اجتمع نكاح وهبة او رهن او صدقة فالنكاح اولى انتهى وان برهن
خارجان على ملك مطلق مؤرخ بتاريخين مختلفين يعني لو ادعى الخارجان
ملكا مطلقا والعين في يد ثالث وبرهنا عليه وارخا تاريخا متفاوتا
فالسابق اولى واما لو لم يؤرخا او ارخا تاريخا متساويا فالعين بينهما
نصفان على ما تقدم في اول الباب او شراء مؤرخ من واحد غير
ذي اليد يعني ادعى الخارجان عينا في يد رجل ثالث بانهما اشترياه من
فلان بن فلان غير ذي اليد وهو الرابع وبرهن كل من المدعيين الخارجين
على الشراء من ذلك الفلان فقوله من واحد متعلق بالشراء احترز به
عن المسئلة الآتية اعني قوله وان برهن احدهما على الشراء من زيد والآخر
من بكر وقوله غير ذي اليد احترازا عما سبق من قوله وان برهنا على شراء شيء
من آخر لان المراد بالآخر هنا هو ذو اليد وقد عرفت حكمها فالسابق اولى
في كل من المسئلتين اما في الاولى فلانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى
الملك الا من جهته والفرض ان الآخر لم يتلقاه منه بل من غيره وهذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف آخرا وقول محمد اولا ثم قال محمد يقضى بينهما ولا يكون
للتاريخ عبرة في الملك المطلق وان ارخ احدهما دون الآخر ففي رواية

النوادر عن الامام انه يقضي بينهما لعدم العبرة للتاريخ عند حالة الانفراد في
دعوى الملك المطلق وعلى قول ابي يوسف يقضي لمن ارخ وعلى قول محمد يقضي
لمن لم يورخ لانه يدعي اولية الملك وقد ذكرناه من قبل واما في الثانية
فلانه اثبت الملك في وقت لا منازع له فيه فكان استحقاقه ثابتا من ذلك
الوقت وان الاخر اشتراه من غير مالك فكان باطلا وان برهن احدهما على
الشراء من زيد والاخر من بكر واتفق تاريخهما فهما سواء في استحقاق
المدعى فيصير بينهما لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كانهما حضرا وادعيا
وارخا تاريخا واحدا ثم يخير كل واحد منهما ان شاء اخذ نصف العبد
بنصف الثمن وان شاء ترك على ما سبق كذا اي فهما سواء في استحقاق
المدعى لو وقت احدهما فقط لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز
ان يكون الاخر اقدم منه فيقضي بالنصف بينهما بخلاف ما اذا ادعيا الشراء
من رجل واحد لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت
احدهما تاريخا يحكم به الا اذا اثبت الاخر ان شراءه اقدم منه ولو برهن
خارج على الشراء من شخص والاخر على الهبة والقبض من غيره والاخر على الارث
من ابيه واخر على الصدقة والقبض من رابع قضي بينهم ارباعا لانهم
اثبتوا الملك لمملكهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق والحكم فيه
كذلك ولو برهن خارج على ملك مورخ وذو اليد على ملك اقدم منه فهو
اي ذو اليد اولى عند الامام وابي يوسف خلافا لمحمد في رواية رجع اليها
لان بينته قامت على ملك مطلق عن جهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء
لهما ان البينة مع التاريخ المتقدم متضمنة لمعنى الدفع على ما بيناه وبينة ذي اليد
على الدفع مقبولة الا ترى ان من ادعى على ذي اليد عينا وانكر ذو اليد ذلك
واقام البينة انه اشتراه منه تندفع الخصومة بخلاف ما لو ادعى الخارج ان
هذا العبد او الدابة ملكي غاب عني منذ سنة مثلا وقال ذو اليد ملكي منذ سنتين
فانه يقضي للخارج اتفاقا ولا يلتفت الى بينة ذي اليد لان ما ذكر الخارج تاريخ
غيبة العبد لا تاريخ الملك فكان دعواه في الملك المطلق عن التاريخ وصاحب

اليد ذكر التاريخ لكن التاريخ حالة الانفراد لا يعتبر فكان دعوى صاحب
اليد دعوى ملك مطلق كدعوى الخارج فيقضى ببينة الخارج كذا في الدرر
وقال ايضا في استحقاق البزازية برهن على ملكية الحمار وحكم على المشتري
به واعطى الحاكم للمشتري سجلا ليرجع به على بائعه فجاء البائع الى المستحق
وقال كم مدة غاب الحمار عنك فقال منذ نصف عام فبرهن على ان الحمار في
ملكه منذ سنتين لا يندفع لانه تاريخ الغيبة لا تاريخ الملك انتهى وكذا الخلاف
لو كانت العين في ايديهما يعني لو كانت الدار مثلا في ايديهما فادعيا واقاما بينة
وارخا تاريخا متفاوتا فبينة المقدم اولى عندهما خلافا لمحمد لما مر من الجانبين
ولو برهن خارج وذو يد على ملك مطلق ووقت احدهما فقط فالخارج
اولى عند الامام ومحمد وعند ابي يوسف وهو رواية عن الامام ذو الوقت اولى
لان بينته قد دلت على تقدم الملك فكانت اولى من الملك المطلق وصار
كالمدعيين للشراء من واحد اذا ارخ احدهما فقط كان صاحب التاريخ
اولى على ما تقدم ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل اذا تضمنت معنى الدفع على ما
قدمناه ولا دفع ههنا لانه انما يكون اذا تعين التلقي من جهته وههنا وقع الشك
في ذلك لان بذكر تاريخ احدهما لم يحصل اليقين بان الاخر تلقى من
جهته لامكان ان الاخر لو وقت كان اقدم تاريخا منه بخلاف ما اذا ارخا
وكان تاريخ ذي اليد اقدم كما تقدم وبخلاف مسئلة الشراء لان الشراء
معنى حادث واذا لم يورخ حكم بوقوعه في الحال بناء على ان الاصل في
الحوادث ان يضاف الى اقرب اوقاته فكان المقدم اولى منه والملك ليس
معنى حادثا ولا يحكم بوقوعه في الحال قال شيخ الاسلام في مبسوطه
في هذه المسئلة اذا ارخ احدهما ولم يورخ الاخر فعلى قول الامام الخارج
اولى لانه لا عبرة للتاريخ عنده حال الانفراد وعلى قول محمد الاول يقضى
لمن لم يورخ لانه اسبقهما تاريخا وعلى قوله الاخر لا عبرة للتاريخ فيكون
الخارج اولى وهو قول ابي يوسف الاول وعلى قوله الاخر يقضي لذي اليد
سواء كان التاريخ له او للخارج ولو كان المدعى في ايديهما اعلم انهما لو برهنا

على ملك مطلق و العين في ايديهما و وقت احدهما فقط اختلفوا في الحكم في
هذه المسئلة في الفصولين لا كما في المسئلة الاتية واختاره المص
وفي الهداية و العناية المدعى بينهما نصفان عند ابي ح ومحمد لعدم اعتبار التاريخ
عندهما عند الانفراد كما اذا لم يورخا او ارخا تاريخا مساويا فان المدعى فيهما
نصفان بينهما و للموقت عند ابي يوسف كما في المسئلة السابقة او كان المدعى
في يد ثالث و المسئلة بحالها يعني برهنا على ملك مطلق و العين في يد
ثالث ووقت احدهما دون الاخر فهما اى المدعيان في المسئلتين على ما
اختاره المص ابناها الملك في الفصولين سواء في استحقاق الجميع بنصفان
عند ابي ح وعند ابي يوسف لذى وقت اولى وعند محمد الذى اطلق اولى لان
الاطلاق دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد المتصلة كالسمن
والمنفصلة كالاولاد و الاكساب و يدل على ملك الاصل و ملك الاصل
اولى من التاريخ ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت
بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية و الترجيح باليقين ولابي ح ان التاريخ
يزاحمه عدم التقدم لان الذى لم يورخ سابق على المورخ من حيث انه دعوى
الاولية ولاحق من حيث ان دعوى الملك المطلق يحتمل التملك من جهة المدعى عليه
بعد تاريخ المورخ فاذا كان غير المورخ سابقا من وجه لاحقا من وجه كان
المورخ ايضا كذلك فاستويا فيجعل كانهما ملكا معا وعند ذلك لا يمكن
اعتبار معنى التاريخ وان برهن خارج و ذو يد على النتاج فذو اليد اولى
في الاستحسان و القياس عكسه وبه اخذ ابن ابي ليلى لان بينة الخارج
اكثر استحقاقا من بينة ذى اليد لان الخارج يثبت بها اولية الملك بالنتاج
واستحقاق الملك الثابت بذى اليد بظاهر يده و ذو اليد لا يثبت بها استحقاق
الملك الثابت للخارج بوجه و وجه الاستحسان ان بينة ذى اليد قامت
على ما لا يدل عليه اليد وهو الاولية بالنتاج كبينة الخارج فاستويا و ترجحت
بينة ذى اليد باليد فيقضى له سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج او بعده
عليها في العناية وقيل انما ترك البينتان و يترك العين في يده لا على وجه القضاء

حتى

حتى لو اقام الخارج بعده بينة تسمع والصحيح هو الاول على ما في النهاية واعلم
ان بينة ذى اليد على النتاج انما يترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على
ذى اليد فعلا نحو الغصب او العارية او الوديعة او الاجارة او الرهن
واما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج اولى لان صاحب اليد اثبت ما هو ثابت
بظاهر يده و الخارج يثبت ما لم يثبت من الفعل اصلا فكان اولى لانها اكثر
اثباتا ولان البينات شرعت لاثبات خلاف الظاهر وهكذا ذكره في
العمادى نقلا عن الذخيرة ثم ذكر نقلا عن ابي الليث ما يخالف ذلك
حيث قال دابة في يد رجل اقام اخر بينة انها دابته اجرها من ذى اليد
او اعارها منه او رهنها وصاحب اليد اقام بينة على انها دابته نتجت عنده
فانه يقضى بها لصاحب اليد لانه يدعى ملك النتاج و الاخر يدعى الاعارة
والاجارة و النتاج اسبق من الاعارة و الاجارة فيقضى لذى اليد
انتهى و النتاج بالكسر اسم ليشمل وضع البهايم من الغنم وغيرها ولا يشترط
في الشهادة عليه رؤية انفصاله عن امه بل يكفى رؤية الولد يتبع
امه على ما في النهاية لحصول العلم بها وكذا اى بينة ذى اليد اولى اذا
لم يدع الخارج عليه فعلا كما ذكرناه لو برهن كل من الخارج وذى اليد
على تلقى الملك اى اخذه من اخر و على النتاج عنده يعني لو ادعى كل من
الخارج وذى اليد تلقى الملك من رجل على حدة وكان هناك بايعان واقام
كل منهما بينة على النتاج عند بايعه فهو بمنزلة اقامة البينة على النتاج في يد
نفسه فيقضى به لذى اليد كان البايعين قد حضرا واقاما على ذلك
بينة فانه يقضى لصاحب اليد كذا ههنا على ما في العناية وغاية البيان
ولو برهن احدهما اى من الخارج وذى اليد على الملك المطلق و الاخر على النتاج
فهو اى صاحب النتاج اولى سواء كان خارجا او ذا يد لان بينته قامت
على اولية الملك فلا يثبت للاخر الا بالتلقى من جهته وكذا اى بينة النتاج
اولى لو كانا اى المدعيان الملك المطلق و النتاج خارجين لما ذكرنا ان
بينة النتاج تدل على اولية الملك فلا يثبت التلقى للاخر الا من جهته هذا

اذا ادعى احد الخارجين الملك المطلق والآخر النتاج واما اذا ادعى الخارجان
النتاج فاقاما البينة انها نتجت عنده ففيه تفصيل سيأتي في آخر الباب
ولو قضى بالنتاج لذي اليد ثم برهن ثالث على النتاج قضى له اي للثالث
الا ان يعيد ذو اليد برهانه لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بالقضاء
الاول فاذا اقام البينة على مدعاه يقضى له ثم ان ادعى ذو اليد بينة قضى
له بها تقديما لبينته ونقض القضاء على الثالث وان لم يعد فلا كما لو برهن
المقضي عليه بالملك المطلق على النتاج تقبل وينقض القضاء الاول لانه
بمنزلة النص في دلالته على الاولية قطعا وكان واقعا على خلافه فلا يقبل
وينقض وفي القياس لا يقبل بينته لكونه مقضيا عليه بالملك المطلق
والجواب منع كونه مقضيا عليه لان باقامة البينة على النتاج تبين ان الدافع
لبينة المدعي كان موجودا والقضاء كان خطأ فلا يكون مقضيا عليه فان قيل
القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج مجتهد فيه فان ابن ابي ليلى
يرجح بينة الخارج فينبغي ان لا ينقض القضاء لمصادفته موضع الاجتهاد
اجيب بان قضاءه انما يكون عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عنده
وقت القضاء فيرجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت
قائمة عنده حال القضاء فلم يكن عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من
ذي اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول وكل سبب لا يتكرر
هو مثل النتاج قد تقدم ان القياس ترجيح بينة الخارج في دعوى النتاج
على ما ذهب اليه ابن ابي ليلى وتركناه استحسانا لما روى جابر ان رجلا
ادعى ناقة في يد رجل فاقام البينة على نتاجها واقام ذو اليد على نتاجها كذلك
فقضى رسول الله عم لذي اليد فلا يلحق بالنتاج غيره في هذا الحكم الا ما
كان في معناه من كل وجه كما هو فيما لا يتكرر من الاسباب كنسج ثياب لا تنسج
الا مرة وهي الثياب القطنية وحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد وزان حمل ما
يتلبد من شعر او صوف على ما في المصباح والمرعزى بكسر الميم والعين المهملة
اذا شددت الزاي قصرت واذا خففت مددت وهي كالصوف تحت شعر العنز

على

عليها في الكفاية وجز الصوف فان رجلا اذا ادعى انه ملكه لنسجه وحلبه
من شاته وصنع الجبن في ملكه او جزه من شاته وادعى ذو اليد مثل
ذلك واقام عليه بينة فانه يقضى بذلك لذي اليد لانها في معنى النتاج
من كل وجه فيلحق به بدلالة النص قال في قاضيخان ولو تنازعا في صوف
اقام ذو اليد البينة انها ملكه جزه من شاة هو يملكها واقام الخارج البينة
انه ملكه جزه من شاة يملكها يقضى به لذي اليد لان جز الصوف مما
لا يتكرر فصار جزه كالنتاج ولو اقام خارج البينة على شاة في يد غيره
انها شاته وجز هذا الصوف منها واقام ذو اليد البينة ان الشاة
التي يدعيها له وجز هذا الصوف منها فانه يقضى بالشاة للمدعي لانهما
ادعيا في الشاة ملكا مطلقا فيقضى بالشاة للخارج ثم يتبعها الصوف
لان الجز ليس من اسباب الملك انتهى قلنا مل وقال في المحيط السرخسي
اذا كان الدعوى في جبن فاقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما البينة
انه جبنه صنعه في ملكه فهو للذي في يده لان الجبن لا يصنع الا مرة
واحدة وهذه المسألة على خمسة اوجه احدها ما بيناه والثاني اذا اقام
كل واحد منهما البينة ان اللبن الذي صنع منه هذا الجبن ملكه فيقضى به
للمدعي والثالث ان يقيم كل واحد منهما البينة انه حلب اللبن الذي صنع
منه هذا الجبن من شاته في ملكه فيقضى لذي اليد والرابع اذا اقام كل
واحد منهما ان الشاة التي حلب منها اللبن الذي صنع منه هذا الجبن ملكه
فيقضى به للمدعي لان المنازعة في ملك الشاة وبينة كل واحد منهما
قامت على الملك المطلق وفيه بينة الخارج اولى والخامس ان يقيم كل واحد
منهما ان الشاة التي حلب منها اللبن الذي صنع منه هذا الجبن شاته ولدت
في ملكه من شاته فبينة ذي اليد اولى انتهى وما يتكرر بمنزلة الملك المطلق
فيقضى به للخارج لعدم كونه في معنى المنصوص عليه من النتاج كنسج الخز
وهو اسم دابة ثم يسمى به الثوب المتخذ من وبره قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل
مرة اخرى وينسج وكالبناء والغرس وزراعة البر والحبوب فانه يبنى ويغرس

في موضع ثم ينقص ويقلع مرة وينحر مرة اخرى ويغرس في موضع اخر وكذلك
المحبوب تقرر بل فتزرع مرة اخرى وكذا المصنوع من الخشب كالصندوق والسرير
ونحوها ينقض ويصنع مرة اخرى وكذا المصنوع من نحاس او حديد او لجين
وما اشكل انه مما يتكرر او لا يتكرر رجع فيه الى اهل الخبرة لقوله تعالى فاسئلوا
اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون فان قالوا انه مما لا يتكرر كان في معنى النتاج
فان اشكل عليهم اي على اهل الخبرة جعل كالمطلق في رواية ابي حفص
الكبير فيقضى به للخارج لان القضاء بالبينة هو الاصل والعدول كان
لما رويناه من خبر النتاج فاذا عدم يرجع الى الاصل وفي رواية ابي سليمان
الجوزجاني يحكم به لذي اليد وكذا الحال فيما اذا اختلف اهل الخبرة بان قال
بعضهم انه مما لا يتكرر وبعضهم انه مما يتكرر فيجعل كالمطلق في رواية حفص
وكالنتاج في رواية ابي سليمان الجوزجاني وان برهن خارج على ملك
مطلق وذو يد على الشراء منه فهو اي ذو اليد اولى لان الخارج ان كان
يدعي اولية الملك فذو اليد تلقى منه ولانا في هذا قضينا ركما لو اقر ذو اليد
بالملك للخارج ثم ادعى الشراء منه فان برهن كل منهما اي من الخارج وذي اليد
على الشراء من صاحبه ولا تاريخ معهما تهاترتا اي تساقطا وترك المال في
يد ذي اليد عندهما وعند محمد يقضى للخارج عملا بالبينتين مهما امكن وذلك
بان يجعل كان ذا اليد قد اشتراها من الخارج وقبض ثم باع منه ولم يقبض
هو وهذا لان القبض دليل السبق ولا يجعل كان الخارج اشتراها من ذي
اليد اولا ثم باعه اياه لان ذلك يستلزم البيع قبل القبض وذلك
لا يجوز عنده وان كان في العقار ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار
من المشتري بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر
بالاجماع كذا ههنا وقوله عملا بالبينتين مهما امكن حم لان السبب انما يراد
لحكمه وهو الملك والقضاء بالبينتين مع كون المال للخارج يستلزم القضاء
بمجرد السبب بدون حكم بالنسبة الى بينة ذي اليد وذلك غير جائز ثم لو
شهد البينتان على نقد الثمن فيتقاصان عندهما ان استوى الثمنان لوجود قبض

مضمون من كل جانب وان لم يشهدا على نقد الثمن فالتقاص على مذهب محمد للوجوب
عنده فان البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عند
مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض
تهاترتا بالاجماع على اختلاف التخريج فعندهما باعتبار ان دعواهما هذا
البيع اقرار من كل منهما بالملك لصاحبه وفي هذا الاقرار يتهاتر الشهود
فكذلك ههنا وعند محمد باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع
بعد القبض وليس في البينتين ذكر تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا
والاخر لاحقا واذا جاز البيعان ولم يكن لاحدهما اولى من الاخر في القبول
تساقطا فبقي العين على يد صاحب اليد كما كانت وان ارخا اي البينتان
في العقار بلا ذكر قبض وتاريخ الخارج اسبق قضي لذي اليد عندهما
فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فانه جائز
في العقار عندهما وعند محمد للخارج لعدم صحة البيع قبل القبض عنده
فبقي على ملكه فيجعل كان ذا اليد اشتراه من الخارج ثم باع منه ولم يسلم
وهذا لا يجوز عنده وان اثبتا قبضا وتاريخ الخارج اسبق قضي لذي
اليد اتفاقا لانه يجعل كان الخارج باعها من بائعه بعد ما قبضها وذلك
صحيح على القولين جميعا وان كان وقت ذي اليد اسبق قضي للخارج في
الوجهين يعني سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا به اما الاول فظاهر واما
الثاني فيجعل كان ذا اليد اشتراه وقبض ثم باع من الخارج فيؤمر بالتسليم
اليه اطلق المص ذا اليد فشمل الثالث واحد المدعيين وفيه تفصيل مذكور
في المحيط ولنذكره تتميما للفائدة وهو انه متى تنازع اثنان في عين
ادعى كل واحد منهما انه اشتراه من صاحبه بثمن معلوم او ادعى انه باعه
من صاحبه بثمن معلوم وانكر صاحبه واقام كل واحد منهما البينة على ما
ادعاه ولم يؤرخا فانه يتهاتر البينتان عند ابح وابي يوسف سواء كان
المبيع في يد احدهما او في يد ثالث والثالث محمد وسواء كان الثمنان
على السواء او احدهما انقص من الاخر الا ان المبيع اذا كان في يد احدهما

فانه يترك في يده قضاء ترك في جميع الروايات واذا كان في يد ثالث
ففي رواية بيوع الجامع انه يقضي بالمدعى بين المدعيين بالنصفين وان
كان لا يقضي بالعقدين وفي رواية اخرى انه يترك في يد الثالث قضاء
ترك هذا على قولهما وقال محمد متى تنازعا وادعى كل منهما انه اشتراه من
صاحبه بثمن معلوم والعين في يد احدهما ان شهد الشهود بالعقد دون
القبض فالقبض المعاين يجعل اولا كان ذا اليد اشترى اولا وقبض ثم
باع ولم يسلم فيؤمر بالتسليم ويجب لكل واحد منهما على صاحبه ما ادعى من
الثمن ويتقاصان اذا كانا على السواء وان شهدوا بالعقد والقبض فانه
ح يجعل القبض المعاين اخرا كان الخارج اشترى اولا وقبضه ثم باعه من
صاحبه وسلم فيقضي بالمبيع لذي اليد وان كان العين في يد ثالث
والمسئلة بحالها ان ادعى كل واحد منهما من الثمن مثل ما ادعاه الاخر يقضي
بالمبيع بينهما نصفين سواء شهدوا بالعقد دون القبض او شهدوا بهما الا انهم
متى شهدوا بالعقد دون القبض يقضي لكل واحد منهما بنصف الثمن على صاحبه
ومتى شهدوا بهما فانه يقضي لكل واحد منهما بجميع الثمن على صاحبه ثم يتقاصان
وان كان احد الثمنين انقص من الاخر ان شهدوا بالعقد دون القبض فانه
يجوز عقد كل واحد منهما في النصف ويبطل في النصف الاخر وان شهدوا
بهما فانه يقضي لكل واحد منهما بما ادعى من العقد على صاحبه في الجميع هذا
ما ذكره في المحيط وما في تفصيله فيه ولا ترجيح بكثرة الشهود فان
الترجيح عندنا بقوة الدليل لا بكثرته على ما في الاصول حتى لو كان لاحدهما
شاهدان عدلان وللاخر الف شاهد غير عدل يرجح الاول لعدالته ولو كان
لاحدهما اثنان عادلان وللاخر الف عدول فهما سواء لان كل عدل علة
مستقلة بنفسه ولهذا لا يترجح خبر الواحد بخبر اخر ولا الاية باية اخرى
لكون كل منها علة مستقلة والمفسر يرجح على النص والنص على الظاهر
باعتبار القوة القائمة بها واعلم ان الاصل في باب ترجيح البينات هو الاثبات
فايها اثبت فهو اصح لما ذكره في المحيط في فصل دعوى الملك المطلق ان البينات

في

في الاصل وضعت للاثبات فيطلب الترجيح من حيث الاثبات اولا فما كانت
اكثر اثباتا كانت الاولى بالقبول وبعد الاستواء في الاثبات يقع الترجيح
بحكم اليد اذا ثبت هذا فنقول بينة الخارج في دعوى الملك المطلق اكثر اثباتا
من بينة ذي اليد لان الخارج ببينته يثبت زيادة استحقاق على ذي اليد
لا يثبته ذو اليد على الخارج ببينته اذ ليس للخارج ملك ثابت بظاهر اليد
حتى يستحق ذو اليد ذلك ببينة عليه فكانت بينة الخارج اكثر اثباتا من
حيث اثبات زيادة الاستحقاق بعد تساويهما في اثبات اولية الملك
لصاحبها بخلاف ما اذا وقع الدعوى في النتاج لان هناك استوت
البينتان في الاثبات لان كل بينة اثبتت اولية الملك لصاحبها ولم يثبت
استحقاقها على الاخر باعتبار التملك من جهته لان كل بينة نصبت على اولية
الملك حيث قال نتجت عندي وهذا لا يحتمل التملك من جهة صاحبه فاستويا
في الاثبات فرجحنا بينة ذي اليد بحكم اليد لان يده دليل على زيادة صدقه
في دعواه وبخلاف ما لو وقع الدعوى في تلقي الملك من جهة ثالث لان
هناك استوت البينتان في الاثبات والاستحقاق لان كل بينة اثبتت الملك
لصاحبه في الانتقال عن بايعه الى نفسه وترجح صاحب اليد بحكم اليد
وبخلاف ما لو تنازعا في عبد ادعى كل واحد انه عبده دبره او اعتقه
واقاما البينة حيث يقضي ببينة ذي اليد لان الدعوى في الحاصل في الولاء
لان العتق حاصل للعبد لتصادقهما وقد استوت البينتان في اثبات الولاء
وترجح بينة صاحب اليد بحكم اليد هذا اذا لم يذكرا تاريخا او ذكرا تاريخا متساويا
لان عند تساويهما في التاريخ لا عبرة للتاريخ فبقي الدعوى في الملك المطلق
وان كان تاريخ احدهما اسبق فبينة الاسبق اولى سواء كان هو الخارج او
ذو اليد اما اذا كان خارجا فظاهر لانه اكثر اثباتا من حيث الاستحقاق
من وقت سابق واما اذا كان ذا اليد فلانه اثبت الملك في وقت سابق على
وقت الخارج ففي بينته زيادة اثبات واستحقاق من حيث الوقت وان
كان في بينة الخارج زيادة استحقاق من حيث انه يستحق على صاحب اليد

الملك الثابت له بظاهر اليد واستويا في اثبات الاستحقاق من هذا الوجه
وترجح بينة صاحب اليد بحكم اليد كما في دعوى النتاج انتهى فظهر منه ان
قولهم سبق التاريخ من اسباب الترجيح راجع في الحقيقة الى الترجيح
بكثرة الاثبات ان كان السابق خارجا والى الترجيح بحكم اليد ان كان
السابق صاحب يد وكذا قولهم التاريخ من اسباب الترجيح فاذا ادعيا
ملكا مطلقا وارخ احدهما فقط فبينة المورخ اولى راجع الى الكثرة الاثبات
فان بينته اثبتت الملك والتاريخ معا واثبتت بينة من لم يورخ الملك فقط
وان ادعى احدهما رجلين نصف دار في يد ثالث وادعى الاخر كلها فالربع
للاول وثلثة ارباعه لمن يدعي الكل بطريق المنازعة عند ابي حنيفة وذلك
ان يدعي الكل لا ينازعه احد في النصف فسلم له من غير منازعة
ثم استوت منازعتهما في النصف الاخر فيكون بينهما فسلم له ثلثة الارباع
وللاخر ربعه بطريق المنازعة وعندهما الثلث للاول اعتبارا بطريق العول
والمضاربة لان مدعي الكل يدعي النصفين والاخر النصف الواحد وليس الشيء
واحد ثلثة انصاف حتى يعطي لمدعي الكل النصفان وللاخر نصف واحد
فيعول الى الثلثة فتقسم الدار اثلاثا على قدر حقهما فثلثه لمدعي النصف و
ثلثاه لمدعي الكل والباقي اي ثلثة ارباعها عند ابي حنيفة وثلثاها عندهما
للاخر اي لمدعي الكل اعلم ان لهذه المسئلة نظائر واضدادا يحتاج بيانها
الى معرفة انواع القسمة وهي اربعة نوع منها يقسم بطريق العول بالاتفاق
وهو في ثمانية مواضع احدها الميراث اذا اجتمعت سهام الفرائض في التركة
وضاقت التركة عن الوفاء بها تقسم على طريق العول والثانية اذا اجتمعت
الديون المتفاوتة وضاقت التركة عن الوفاء بها تقسم التركة بين ارباب
الديون بطريق العول والثالثة اذا اوصى لرجل بثلث ماله وللاخر بربع
ماله وللاخر بسدسه ولم تجز الورثة حتى عادت الوصايا الى الثلث
يقسم الثلث بينهم بطريق العول والرابعة الوصية بالمحاباة اذا اوصى
ان يباع العبد الذي قيمته ثلثة الاف درهم من هذا الرجل بالفي درهم

واوصى

واوصى لاخر ان يباع منه العبد الذي قيمته الفا درهم بالف درهم حتى حصلت
المحاباة لهما بالفي درهم كان الثلث بينهما بطريق العول والخامسة الوصية
بالعتق اذا اوصى بان يعتق من هذا العبد نصفه واوصى بان يعتق من هذا
الاخر ثلثه وذاك لا يخرج من الثلث يقسم ثلث المال بينهما بطريق العول ويسقط
من كل واحد منها حصته من السعاية والسادسة الوصية بالف مرسلة
اذا اوصى لرجل بالف وللاخر بالفين كان الثلث بينهما بطريق العول والسابعة
عبد فقاء عين رجل وقتل اخر خطاء فدفع بها يقسم الجاني بينهما بطريق العول
ثلثاه لولي القتيل وثلثه للاخر والثامنة مدبر جنى على هذا الوجه ودفعت
القيمة الى اولياء الجناية كانت القيمة بينهما بطريق العول ونوع منها تقسيم بطريق
المنازعة بالاتفاق وهو في موضع واحد فضولي باع عبدا من رجل بالف
درهم وفضولي اخر باع نصفه من اخر بخمسمائة فاجاز المولى البيعين جميعا
يخير المشتريان فان اختارا الاخذ اخذا بطريق المنازعة ثلثة ارباعه لمشتري
الكل وربعه لمشتري النصف عندهم جميعا ونوع منها يقسم بطريق المنازعة
عند ابي حنيفة وبطريق العول عندهما وهو في ثلثة مواضع احدها مسئلة
الكتاب والثاني اذا اوصى بجميع ماله لرجل وللاخر بنصفه واجازت الورثة
عند ابي حنيفة المال بينهما ارباعا بطريق المنازعة وعندهما اثلاثا بطريق العول
والثالث اذا اوصى بعبد بعينه لرجل وبنصفه لاخر وهو يخرج من ثلثه
او لا يخرج واجازت الورثة كان العبد بينهما ارباعا عند ابي حنيفة بطريق
المنازعة واثلاثا عندهما بطريق العول ونوع منها يقسم بطريق العول عند ابي حنيفة
وبطريق المنازعة عندهما وهو في خمس مواضع الاول عبد ماذون
بين رجلين اذانه احد المولين مائة بان باعه شيئا نسيئة وادانه اجنبي
اخر مائة فبيع العبد بمائة عند ابي حنيفة يقسم ثمن العبد بين المولى المدين
وبين الاجنبي اثلاثا ثلثاه للاجنبي وثلثه للمولى لان ادانته يصح في نصيب
شريكه لا في نصيبه وادانة الاجنبي يصح في نصيبهما وعندهما ارباعا والثاني
اذا ادانه اجنبي مائة واجنبي اخر خمسين وبيع العبد عند ابي حنيفة يقسم الثمن بينهما

اثلاثا بطريق العول وعندهما ارباعا بطريق المنازعة والثالث عبد قتل رجلا
خطاء ولآخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفى احدهما يخير المولى بين الدفع
والفداء فان فدى المولى يفدى بخمسة عشر الفا خمسة الاف لشريك
العافى وعشرة الاف لولى الخطاء وان دفع يقسم العبد بينهما اثلاثا عند
الح وارباعا عندهما والرابع لو كان الجانى مدبرا والمسئلة بحالها ودفع
المولى قيمته فعند الح اثلاثا وعندهما ارباعا والخامس ام ولد قتلت مولاها
واجنبيا عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفى احد ولى كل واحد منهما على
التعاقب سعت فى ثلثة ارباع قيمتها كان للساكت من ولى الاجنبى
ربع القيمة ويقسم نصف القيمة بينهما بطريق العول اثلاثا عند الح وعندهما
ارباعا بطريق المنازعة اذا عرفت هذا فاعلم ان الاصل فيها ان عند الح
ان الوصول الى الملك الحق اما بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من
غير انضمام معنى آخر اليه كالبيع والارث واما بسبب غير صحيح وهو ما يتعلق
به الاستحقاق بانضمام معنى آخر اليه كالدعوى والشهادة فمن وصل
اليه بالاول يأخذ بحسب كل حقه ومن وصل اليه بالثانى يأخذ بقدر ما
يصيبه حال المزاحمة وان عندهما ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق
فى العين كانت القسمة بطريق العول ومتى وجبت لا بسبب حق فى
العين فالقسمة بطريق المنازعة فعلى هذين الاصلين اتفقوا فى مسائل
ثمانية التى ذكرناها على العول لجريان اصلهم فيها اما اصله فلان السبب
فيها لا يحتاج الى ضم شئ واما اصلهما فلانها وجبت فيها بسبب حق فى العين
وفى مسئلة واحدة مما ذكرناه اتفقوا على المنازعة لجريان اصلهما
فيها ايضا اما اصله فلان بيع الفضولى ليس سببا صحيحا لاحتياجه الى
الاجازة واما اصلهما فلان حق كل من المشتريين كان فى الثمن فتحول
الى المبيع بالاجازة بالشك وافترقوا فى مسائل ثمانية اخرى التى ذكرناها
ففى ثلثة منها بطريق المنازعة عنده وبطريق العول عندهما وفى الخمس
الاخر بالعكس على ما هو مقتضى الاصلين المذكورين اما فى مسئلة

الكتاب فلان سبب استحقاق كل من المدعيين هو الدعوى والشهادة وهى
يحتاج الى اتصال القضاء بها فليس بسبب صحيح فكانت القسمة بطريق المنازعة
عنده واما على اصلهما فلان حق كل منهما فى العين فكانت القسمة بطريق العول
عندهما وان كانت الدار فى يديهما فكلها لمدعى الكل نصف بقضاء ونصف
بلا قضاء لان دعوى كل منهما ينصرف الى ما فى يده لئلا يكون فى امساكه
ظالما وان بينة الخارج اولى من بينة ذى اليد فاذا كانت الدار فى ايديهما
فمدعى النصف لا يدعى على الآخر شيئا ومدعى الكل يدعى عليه النصف وهو
خارج عن النصف فعليه اقامة البينة فان اقامها فله جميع الدار نصفها
الذى كان بيد صاحبه على وجه القضاء ونصفها الذى كان بيده لا على
وجه القضاء لان صاحبه لم يدعيه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك
فى يده هذا فيما اذا كان لهما بينة واما اذا لم يكن لهما بينة فمدعى النصف
يحلف لمدعى الكل ومدعى الكل لا يحلف لمدعى النصف لان مدعى النصف لا يدعى
لنفسه شيئا مما فى يد مدعى الكل اما مدعى الكل يدعى لنفسه جميع ما فى يد
مدعى النصف فان حلف مدعى النصف برئ عن خصومة مدعى الكل وصار
الحلف الحال بعد الحلف كان قبله وقبل الحلف كانت الدار فى ايديهما نصفان
فكذا بعد الحلف وان نكل عن الحلف قضى لمدعى الجميع بجميع الدار كذا فى
المحيط وفيه ايضا دار فى يد رجل منها منزل وفى يد رجل آخر منها منزل
آخر ادعى احدهما ان جميع الدار له وادعى الآخر ان الدار بينهما نصفان
ولا بينة لهما حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فان حلفا فالمنزل الذى
فى يد مدعى الجميع يترك فى يده لانه برئ عن دعوى مدعى النصف بالحلف
فعاد الامر الى ما كان قبل الدعوى ويقضى له بنصف المنزل الذى فى يد
مدعى النصف ويقضى بالساحة بينهما لانها فى يدهما قبل الدعوى والحلف
فكذا بعد الحلف وان برهن خارجان على نتاج دابة انها نتجت عنده وعند
بايعه وارخا فقضى لمن وافق سنها تاريخه لظهور علامة صدق شهوده بشاهد
الحال فيترجح قيد بقوله خارجان لان حكم دعوى الخارج مع ذى اليد النتاج

قد سبق من قبل اعني بينة ذي اليد هو على النتاج اولى من بينة الخارج ما لم يدع
الخارج فعلا على ذي اليد سواء برهنا على النتاج فقط او برهنا على تلقي الملك
من ثالث وعلى النتاج عنده معا وقيد بقوله على النتاج لان حكم برهان احد
الخارجين على النتاج والآخر على الملك المطلق قد سبق ايضا اعني ان بينة النتاج
اولى وكذا لو اقام الخارج على النتاج وذو اليد على الملك المطلق او بالعكس
بينة النتاج اولى على ما سبق من غير نظر الى سن الدابة في هذه الصورة
واما لو كانت الدابة في يد رجلين وادعى كل واحد منهما انها دابته نتجت
عنده واقاما البينة على دعواهما فان لم يورخا يقضى لكل واحد منهما بالنصف
الذي في يده لانه اجتمع في كل نصف بينة ذي اليد وبينة الخارج وقد تقدم
ان بينة ذي اليد في دعوى النتاج اولى من بينة الخارج وان ارخا وتاريخهما
سواء ينظر الى سن الدابة فان كان مشكلا او كان موافقا للوقت الذي
ذكرا يقضى بالدابة بينهما وان كان مخالفا للوقت الذي ذكراه تهاترت البينتان
عند عامة المشايخ وتترك الدابة في ايديهما كما كان قبل هذا وان ارخ احدهما
ولم يورخ الآخر وكان سن الدابة مشكلا تترك الدابة في ايديهما كما كانت
كذا في المحيط السرخسي ولم يذكر صورة سبق احد التاريخين مما ذكر في
الفصولين ان التاريخ في دعوى النتاج لغو على كل حال ارخا تاريخا
متساويا او احدهما اسبق او ارخ احدهما دون الآخر اذ الغرض من اثبات
التاريخ زيادة الاستحقاق على خصمه ليترجح بينته واثبات زيادة الاستحقاق
لا تتصور في النتاج لانه دعوى اولية الملك انتهى فان قيل هذا ينافي ما ذكره
المص في مسئلة دعوى الخارجين النتاج حيث قال وان ارخا قضى لمن
وافق سنها تاريخه فان الظاهر منه اعتبار التاريخ والا ينبغي ان يحكم بينهما كما
لم يورخا وكذا ينافي ما ذكره الامام السرخسي حيث ذكر صورة تاريخهما وتاريخ
احدهما فقط مقابلا لصورة عدم التوريخ فالظاهر منه اعتبار التاريخ قلنا
لا منافاة لان الحكم في تلك الصور لظهور كذب بينة احدهما بعدم موافقة
سن الدابة لوقت الآخر لا لاعتبار تاريخه فصار كانه لم يبرهن على النتاج

الا احدهما والحاصل ان الدابة في دعوى النتاج لا تخلو اما ان يكون في يد احد
المدعيين او في يدهما او في يد ثالث فان كانت في يد احدهما فلا تخلو اما
ان يدعيا النتاج فقط او يدعيا تلقي الملك من رجل واحد والنتاج عند ذلك
الرجل ففي الصورتين بينة ذي اليد اولى او يدعي احدهما النتاج والآخر
الملك المطلق ففي بينة النتاج اولى سواء كان مدعي النتاج خارجا او ذا يد
وان كانت الدابة في يدهما او في يد ثالث فان لم يورخا فهي بينهما وان
ارخا ينظر الى سن الدابة كما ترى قال في دعاوى قاضيخان رجلان
بيد كل واحد منهما شاة اقام كل واحد منهما البينة على ان الشاة التي في
يد صاحبه شاته ولدت من شاته التي في يده فان كانتا مشكلتين
ذكر في الاصل انه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي في يد الآخر لانهما
استويا في دعوى النتاج فتعارضت البينتان في ذلك فلا يعتبر دعوى
النتاج فيجعل كانهما ادعياه ملكا مطلقا فيقضى لكل بشاة ببينة الخارج وعن
ابي يوسف انه يقضى لكل واحد منهما بالشاة التي في يده قضاء ترك لا قضاء
استحقاق لانه لا وجه للقضاء لكل منهما بالنتاج لمكان الاستحالة والقضاء
بغير النتاج قضاء بغير دعوى فتبطل البينتان ضرورة انتهى وان اشكل
اي سن الدابة بان لم يعرف كم هي حتى يعلم انها توافق تاريخهما او لم يوافق
فلهما لانه سقط التوقيت بالاشكال وكانا كانهما اقاماها ولا تاريخ لهما
فيكون بينهما كذا قالوا قلت قد ذكر في الفصولين وغيره انه لا عبرة في
دعوى النتاج التاريخ فذكر التاريخ وعدم ذكره ومعرفته وعدم معرفته
سواء فالاولى في التعليل ان يقال انه لما اشكل سنها لم يظهر كذب
شهود احدهما فيكون بينهما لعدم الترجيح وان خالفهما اي خالف سن الدابة
تاريخ الخارجين بطلا اي البينتان قال في المحيط السرخسي ان كان
سن الدابة مخالفا لتاريخ الخارجين لم يذكر محمد هذه المسئلة في الاصل
قال عامة المشايخ الصحيح انه تهاترت البينتان فيترك الدابة في يد صاحب اليد
كما كان وروى شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه عن محمد ان الدابة

في هذه الصورة بينهما نصفان كما في صورة كون اللبس مشكلا وقال وهو
الاصح وقال ابو الليث ولعل الاصح ان الدابة تترك في يد ذي اليد كما كان
واختاره المص ايضا وان برهن احد الخارجين على غصب شئ والاخر على
وديعته استويا يعني ادعى احد الخارجين على ذي يد انك غصبت هذا
العبد مني والاخر ادعى انه اودعه اياه وبرهنا استويا في الاستحقاق
له لاستوائهما في سبب الاستحقاق فان المودع لما انكر الوديعة صار
غاصبا فصار الى دعوى الغصب والتساوي في سبب الاستحقاق
يوجب التساوي في نفس الاستحقاق **فصل** لما ذكر وقوع الملك
بالبينة شرع في هذا الفصل بيان وقوعه بظاهر اليد ولما كان
الاول اقوى قدمه على الثاني في التنازع بالايدي لابس الثوب اولى
من الاخذ بكمه او غيره من اطرافه لانه اظهرهما تصرفا واستعمالا حتى يصير
به غاصبا والراكب على الدابة احق من الاخذ باللجام لان تصرفه اظهر لان
الركوب يختص بالمالك غالبا بخلاف الاخذ باللجام ومن في السرج احق من الرديف
قال في البزازية ادعيا دابة وهما عليها ان كانا في السرج فبينهما وان كان
احدهما فيه والاخر رديفه فلمن في السرج قال في شرح الطحاوي هذا
رواية عن ابي يوسف وفي الظاهر هذا كالاول فيستويان انتهى كلام
البزازي اختار المص رواية ابي يوسف اتباعا لصاحب الهداية والمراد بالرديف
هو الراكب خارج السرج خلف الراكب في السرج واختار القدوري ظاهر
الرواية حيث قال تنازعا في دابة واحدهما راكب في السرج والاخر
رديفه قضي بالدابة بينهما وفي المحيط لو كان احدهما يقود الدابة والاخر
يسوقها قضي بالدابة للقائد لان للقائد يدا فانه ممسك باللجام والسائق
لا يد له وفيه ايضا انه لو كان احدهما ممسكا بلجام الدابة والاخر متعلقا
بذنبها ينبغي ان يقضى للذي هو ممسك بلجامها وصاحب الحمل اولى ممن علق
كوزه عليها اي على الدابة لانه هو المتصرف تصرفا يختص بالمالك غالبا
بخلاف تعليق الكوز فانه وان كان تصرفا للدابة ايضا الا انه لا يختص بالمالك

والركبان

والركبان سرج او فيه اي في السرج سواء لاستوائهما في التصرف وكذا
الجالس على البساط والمتعلق به اي سواء في التصرف وكذا لو كانا جالسين
عليه او متعلقين به سواء بينهما فيترك في ايديهما على ما كان لا على طريق
القضاء لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في بيته
والجلوس عليه وكذا التعلق به ليس بشئ من ذلك فلا يكون يدا فلا يكون
بايديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيانه على السواء فيترك في ايديهما
نصفين بخلاف ساكني دار اذا ادعياها حيث لم يقض بها بينهما الا بطريق الترك
ولا مغير لان عدم يد الغير فيها غير معلوم لان اليد فيها قد يكون بالاختطاط له
وزوال ذلك غير معلوم لانها بعد ان كانت في مكانها الذي ثبت يد
المختط له فيه عليها لم يتحول الى مكان اخر فكان يده ثابتة عليها ولم يعلم به
القاضي فلا يجوز القضاء اصلا لعدم شرطه وهو علم القاضي بان المدعى
ليس في يد غير المدعيين كمن معه ثوب وطرفه مع اخر اي بينهما سواء نصفان
لان كل واحد منهما متمسك باليد الا ان احدهما اكثر استمساكا ومثل تلك
الزيادة لا يوجب رجحان احدى الحجتين لكونها من جنس تلك الحجة كما لو اقام
احدهما شاهدين والاخر اربعة بخلاف مسئلة لابس الثوب والاخر متعلق
بكمه لان الزيادة فيها ليس من جنس الحجة فان الحجة هنا هي اليد والزيادة
هي التصرف والاستعمال فيصلح مرجحا للحجة والحائط المتنازع فيه لمن
جذوعه جمع جذع بكسر الجيم والمراد به سهم السقف عليه اي على الحائط
المتنازع فيه او لمن اتصل ذلك الحائط ببنائه اتصال تربيع وذلك
بان يكون انصاف لبنات الحائط المتنازع فيه متداخلة في انصاف
لبنات الحائط الغير المتنازع فيه ان كان الحائط من حجر او مدر او يكون
ساحة احدهما مركبة في الاخرى ان كان من الخشب على ما في الكافي
او بان يكون انصاف اللبن من جانبي الحائط المتنازع فيه متداخلة بحائطين
لاحدهما والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى
يصير مربعا له اضلاع اربعة فيكون الكل في حكم بناء واحد وبه اخذ

بعض المشايخ وهو مختار الكرخي وعن ابي يوسف تعتبر اتصال التربيع الذي
يترجح به صاحب الاتصال على صاحب الجذوع اتصال جانبي الحائط المتنازع
فيه بمداخلة انصاف اللبن بحائطين لاحدهما واما اتصال الحائطين بحائط
اخر في مقابلة الحائط المتنازع فيه فغير معتبر وعليه اكثر المشايخ منهم الامام
السرخسي والمراد بجانبي الحائط منتهاها من الطرفين واما اذا نقب في حائط
فادخل فيه لا يكون اتصال تربيع بل يقال له اتصال ملازقة ومجاورة فان
كان لهما اتصال تربيع او مجاورة يحكم بالحائط بينهما وان كان لاحدهما اتصال
تربيع وللاخر اتصال ملازقة يقضى لصاحب التربيع وان كان لاحدهما
اتصال تربيع وللاخر جذوع فصاحب الاتصال اولى والجذوع اولى من
الملازقة كذا في الخلاصة والبزازية لا لمن له عليه هرادي لان صاحب الجذوع
والاتصال هو المستعمل للحائط وصاحب الهرادي هو المتعلق به والمستعمل
اولى من المتعلق كما في دابة تنازعاها ولاحدهما عليها حمل وللاخر كوز معلق
عليها تقدم والهرادي وكذا البواري ليس بشيء لان الحائط لا يبنى لها اصلا وانما
يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع لا الهرادي والبواري وهما انما يوضعان
للاستظلال هرادي جمع هردية وهي قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم
يرسل عليها قضبان الكرم على ما في المغرب بل لجار ادفيه اي في الهرادي
والبواري سواء حتى لو تنازعا في حائط عرف كونه في ايديهما ولاحدهما
عليه هرادي وليس للاخر عليه شيء قضي به بينهما قضاء ترك ولا يؤمر صاحب
الهرادي رفع الهرادي الا ان يدعي الاخر استحقاق الحائط ويثبته بالبينة
فيؤمر برفعه وان كان لكل عليه ثلثة جذوع فهما لاستوائهما في سبب
الاستحقاق ولا يترجح بالاكثر اي من الثلثة منها اي من الجذوع لان الزيادة
عليها من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع الثلثة كما يبنى للاكثر منها ولا ترجيح
بكثرة الحجج عندنا كذا في الهداية وحواشيه وذكر في المنتقى عن ابي يوسف
انه قال اذا كان لاحدهما على الحائط المتنازع فيه اجذاع وللاخر عليه اكثر
جعلته بينهما نصفين لعدم الترجيح بالاكثر فان كان لاحدهما عليه ثلثة وللاخر

عشرون فالحائط لصاحب العشرين ولصاحب الثلثة موضع جذوعه وانما
جعله بينهما نصفين اذا تقاربت او كان لصاحب الاقل اكثر من نصف جذوع
الاخر وذكر الحاكم الشهيد في المختصر اذا كان لاحدهما عليه عشر خشبات
وللاخر سبع خشبات فهو بينهما نصفان وهذا يوافق ما في المنتقى عن
ابي يوسف لان عدد اصحاب القليل اكثر من نصف عدد صاحب الكثير
وذكر في صلح الاصل لو كان لاحدهما عليه عشرة اجذاع وللاخر خمسة
اجذاع فلكل واحد منهما ما في يده قالوا اراد بذلك ان الحائط المتنازع فيه
يكون بينهما على ثلثة اسهم ثلثاه لصاحب العشرة وثلثه لصاحب الخمسة
وبه اخذ بعض مشايخنا وهذا ايضا يوافق ما ذكر في المنتقى لان اجذاع صاحب
القليل ليست باكثر من نصف جذوع الاخر والحاصل ان الرواية مختلفة
فيما اذا كان لكل واحد منهما عليه جذوع وجذوع احدهما اكثر من جذوع
الاخر ولكن جذوع صاحب القليل لا ينقص من الثلثة فما اختاره صاحب
الهداية وبقية المصنفين قول ابي يوسف اخرا وهو استحسان وما ذكر في
المنتقى عن ابي يوسف قوله اولا وبه كان يقول ابوح اولا ثم رجع عنه الى
الاستحسان وان كان لاحدهما ثلثة جذوع وللاخر اقل اي واحد او
اثنان فهو لصاحب الثلثة وللاخر موضع خشبته اي له حق الوضع على ما
في رواية كتاب الاقرار لمحمد فانه قال فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع
ولصاحب القليل موضع جذعه وقالوا يريد به حق الوضع على ان يكون
لفظ موضع مصدرا ميميا وذكر في رواية كتاب الدعوى والصلح لكل واحد
منهما ما تحت خشبته حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع فيكون
لصاحب الجذع موضع جذعه مع اصل الحائط وعلى هذه الرواية قال
بعضهم ما بين الخشب يكون بينهما لاستوائهما في ذلك كما في الساحة
المشتركة بين صاحب بيت وصاحب ابيات وقال بعضهم على قدر خشبهما
وقال انه لصاحب الاكثر لان الحائط للاكثر لا الجذوع واحد او اثنين ثم هذا
استحسان والقياس ان يكون الحائط بين صاحب الاقل اي الجذع والجذعين

وبين صاحب الاكثر اى الثلثة فصاعدا نصفين لانهما استويا في اصل الاستعمال
والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها على ما تقدم ولكنهم استحسنوا
على الروايتين المذكورتين من الكتابين ان يكون لصاحب الاكثر ولصاحب الاقل
موضع خشبته ثم وجه رواية كتاب الاقرار ان الحائط وضع للاكثر لا للواحد
ولا للاثنين فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا ان لصاحب القليل حق
الوضع لان الظ ليس بحجة في استحقاق يده فلا يستحق به دفع الخشبة
الموضوعة ووجه رواية كتاب الدعوى والصلح ان الاستعمال من كل واحد
منها بقدر خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال واعلم ان ما ذكره المص
من جعل الجذعين مثل جذع واحد وهو قول بعض المشايخ واختاره صاحب
الهداية باعتبار ان التسقيف بهما نادر كجذع واحد وقال بعضهم الخشبتان
بمنزلة الثلثة لامكان التسقيف بهما وكذا لو كان لاحدهما جذوع وللاخر اتصال
اى اتصال تربيع لا ملازقة لانه لو كان لاحدهما جذوع وللاخر اتصال
ملازقة فالجذوع اولى على ما صرح به في الخلاصة والبزازية وقد ذكرناه
من قبل فلذى الاتصال التربيعي عند عامة المشايخ على ما روى عن ابي يوسف
في الامالى لان الحائطين بالاتصال التربيعي من الطرفين صار كبناء واحد
ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله لعدم القائل بالاشتراك
فصار الظ شاهدا له ولكن للاخر حق الوضع لما ذكرناه ان الظ ليس بحجة
في استحقاق يده وقيل الحائط لذى الجذوع لانه صاحب التصرف
وصاحب الاتصال صاحب اليد والتصرف اقوى من اليد وانما قيدناه
بطه في الحائط المتنازع فيه لانه لو كان لاحدهما جذوع وللاخر اتصال
تربيع بالحائط في الحائط المتنازع فيه فالمختار عند عامة المشايخ ان صاحب
الجذوع اولى لانه لكونه صاحب تصرف يرجح على صاحب اليد وهو صاحب
اتصال تربيع وممن رجحه الامام السرخسي وقيل ان صاحب الاتصال فيه
ايضا اولى لكون الحائطين بالاتصال كبناء واحد فيقضى له بالكل لكن للاخر
حق الوضع بعين ما ذكرناه وهذا رواية الطحاوى ورجحه الجرجاني على ما في

العناية هذا جملة ما ذكره المص في الحائط المتنازع فيه ولم يستوف جميع
احتمالاته وتوضيحه على ما في المحيط ان الحائط المتنازع فيه لا يخلو اما ان
لا يكون متصلا ببناء لهما او يكون متصلا ببناء لاحدهما اتصال تربيع او اتصال
ملازقة وعلى التقديرين لا يخلو اما ان لا يكون لهما عليه شئ من الجذوع
والهرادى او كان لهما عليه جذوع او هرادى او لاحدهما جذوع وللاخر
هرادى او لم يكن شئ فان لم يكن الحائط متصلا ببناء لهما ولم يكن لهما عليه
شئ من الجذوع وغيره فانه يقضى بالحائط بينهما لاستوائهما في الدعوى وليس
ثمه من بنازعهما فيه وليس لاحدهما باولى من الاخر فيقضى بينهما ومعنى القضاء
لهما انه اذا عرف كونه في ايديهما يقضى بينهما قضاء ترك على ما كان وان
لم يعرف كونه في ايديهما وادعى كل واحد منهما انه ملكه وفي يده يجعل في
ايديهما الا انه يقضى بينهما وكذلك ان كان لاحدهما عليه هرادى او بوارى
ولا شئ للاخر عليه يقضى بينهما لان بوضع الهرادى لا يثبت على الحائط يد
استعمال لان الحائط انما بنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع عليه لا
الهرادى او البوارى فنظيره ما لو كان لاحدهما على الحائط ثوب مبسوط
ولا شئ للاخر هناك يقضى بالحائط بينهما فكذا ههنا وان كان لاحدهما عليه
جذوع ولا شئ للاخر يقضى لصاحب الجذوع لانه المستعمل وكذلك ان كان
للاخر عليه هرادى لان الهرادى ليس باستعمال للحائط على ما بيناه وان كان
لاحدهما عليه جذوع وللاخر عليه حائط سترة فالحائط الاسفل لصاحب
الجذوع لكونه مستعملا بوضع حمل مقصود عليه ولصاحب السترة السترة على
حالها بمنزلة سفل لاحدهما وعليه علو للاخر وان كان لاحدهما عليه سترة
وللاخر عليه هرادى فالحائط لصاحب السترة وان كان لاحدهما جذع واحد
ولا شئ للاخر او للاخر عليه هرادى لم يذكر محمد هنا في ظاهر الرواية وقال
بعض مشايخنا لا يقضى لصاحب الجذع الواحد لان الحائط لا يبنى لوضع جذع
واحد وروى ابن سماعة عن محمد انه قال يقضى لصاحب الجذع الواحد لان
له نوع استعمال مع اليد هنا كله اذا لم يكن الحائط المتنازع فيه متصلا ببناء

لهما واما اذا كان الحائط المتنازع فيه متصلا ببناء لهما ان كان اتصالهما جميعا
اتصال ملازقة يقضى بينهما نصفين لاستوائهما في الدعوى والاتصال
وان كان اتصال احدهما تربيعا وللاخر اتصال ملازقة فصاحب التربيع اولى
ولو بيت من دار كذى بيوت منها في حق ساحتها لاستوائهما في الاستعمال
وهو المرور وصب الوضوء وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحوها ولا معتبر
بكون احدهما اكثر بيوتا دون الاخر لانه من قبيل الترجيح بكثرة الادلة ولا
معتبر به ولو ادعيا ارضا كل انها في يده وبرهنا قضى بيدهما نصفين لقيام
الحجة في حق كل منهما فان طلبا القسمة بعد ذلك لم تقسم بينهما بمجرد يدهما ما لم يقيما
البينة على الملك بالاتفاق عند بعض المشايخ وقال بعضهم هذا قول ابي ح وقالا
تقسم بينهما بناء على مسئلة اخرى وهي ما اذا كانت الدار في ايدى ورثة
حضور كبار اقروا عند القاضي انها ميراث في ايديهم من ابيهم والتمسوا من
القاضي ان يقسمها بينهم فالقاضي لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة ان اباهم مات
وترك ميراثا لهم عند ابي ح وقالا يقسمها بينهم باقرارهم ويشهد انه انما قسمها
باقرارهم وان لم يقم لهما حجة وطلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي في يده حلف
كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد
وبرئ كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال
وان نكلا قضى لكل واحد بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضى
عليه بكلها للحالف لنكوله وان كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده بل يترك
فيه هذا اذا ادعيا اليد في الدار واما اذا ادعيا الملك فيها وقال كل منهما انها
ملكي ولم يكن لهما بينة وطلب كل منهما يمين صاحبه ما هي ملكه يحلف كل منهما فان
نكلا قضى لكل واحد منهما بالملك نصفين على كل مدعى صاحبه وان حلف احدهما
ونكل الاخر قضى بالكل للذي حلف النصف باليد والنصف بنكوله وان برهن
احدهما قضى بالكل له النصف باليد والنصف بالبينة كذا في العناية
والخلاصة والبزازية فان برهن احدهما ان الارض في يده او كان لبن من
التلبين فيها او بنا او حفر قضى بيده في كل من هذه الصور لقيام الحجة في

حقه

حقه بالبرهان ووجود التصرف والاستعمال منه بالتلبين والبناء والحفر من
ضرورات ذلك ثبوت اليد في يده صبي يعبر عن نفسه قال اي الصبي
انا حر وذو اليد يدعي رقه فالقول له اي الصبي لانه انكر ثبوت اليد عليه
وثابت اليد بالظاهر فيكون في يد نفسه فلا يقبل دعوى احد على نفسه
وان قال ذلك الصبي انا عبد لفلان غير ذي اليد فهو عبد لذي اليد
لا لفلان لانه اقر بانه لا يد له على نفسه باقراره بالرق فظهر انه رقيق بدعوى
صاحب اليد لانتفاء المانع ح عن عملها وهو دعوى الصبي الحرية وهذا
يشبه تخصيص العلة والمخلص معروف فان قيل ان الاقرار بالرق من
المضار واقوال الصبي في المضار غير معتبر كالطلاق والعتاق والهبة
والاقرار بالدين فكيف يصح اقراره بالرق هنا قلنا ان رقيته هنا لم يثبت
باقراره بل بدعوى صاحب اليد ولكن عند معارضته اياه بدعوى حريته
بقوله انا حر لا تتقرر يده عليه ولا يظهر اثر العلة وعند عدم المعارضة
بترك الدعوى تتقرر وتظهر اثر العلة فيكون القول قول ذي اليد وكذا اي
لذي اليد من لا يعبر عن نفسه لانه بعدم التعبير عن نفسه صار كمتاع لا يد
له على نفسه اصلا فيكون لصاحب اليد فان قيل ان الملتقط اذا ادعى
رق لقيط لا يعبر عن نفسه فانه لا يكون عبده وان الرق من العوارض اذ
الاصل الحرية وهو يدفع العارض فكان الواجب ان لا يصدق ذو اليد الا
بحجة قلنا عن الاول ان فرض الالتقاط يضعف اليد لان الملتقط امين في
اللقيط ويد الامين في الحكم يد غيره فكانت ثابتة من وجه دون وجه
فلا يثبت بها الرق وعن الثاني ان الاصل يترك بدليل يدل على خلافه واليد
على من شانه ذلك لكونه بمنزلة المتاع دليل الملك فيترك به الاصل هذا فيما
كان الصبي في يد رجل ولو كان في يد رجلين فكذلك الحكم فانه قال
في المحيط نقلا عن الاصل اذا اختصم رجلان في عبد وكل واحد منهما
يقول هو عبدي وهو في يديهما فان كان العبد صغيرا لا يعبر عن نفسه
فالقاضي لا يقضي لواحد منهما بالملك ما لم يقم البينة ولكن يجعله في ايديهما

لان الصغير الذي لا يعبر عن نفسه والبهيمة سواء والحكم في تنازع الرجلين
في البهيمة كذلك فكذا في هذا الصبي وان كان الغلام كبيرا او صغيرا
يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله ولا يقضي القاضي لهما بشيء لا بالملك
ولا باليد ما لم يقيما البينة على ذلك ولو قال الصغير انا عبد لاحدهما لم يصدق
وهو عبدهما لانه لما اقر بالرق فقد ثبت يدهما عليه حقيقة وحكما فلا تقدر
على ابطال يد احدهما بخلاف ما لو قال انا حر الاصل لانه انكر ثبوت اليد على
نفسه فاليد لا يثبت للحر على الحر بدون البينة انتهى فلو ادعى الصبي بعد ان قال
في صغره انا عبد فلان الحرية عند كبره لا يقبل بلا حجة لظهور الرق عليه
في صغره فلا يقبل بعده بلا بينة لانه يريد ابطال ما ثبت بالقضاء فلا تقدر
عليه بدون الحجة فظهر منه ان اقرار الصبي حكم وهو عدم قبول قوله بعد
البلوغ في دعوى الحرية بلا بينة ونظير هذا ما ذكر في الحادي عشر
من دعوى البزازية لو قال العبد انا حر الاصل فالقول له بحكم الاصل ما لم يسبق
منه انقياد للرق وبعده لا يقبل قوله بلا برهان انتهى وهل يرجع
المشتري على البايع بالثمن بعد الحكم بحريته بحكم الاصل ففي الفصل السابع
والعشرين من دعوى المحيط عبد ادعى انه حر الاصل في موضع لم يسبق
منه الاقرار بالرق وقضى القاضي بحريته لكون القول في ذلك قوله
لا يرجع المشتري بالثمن على البايع والفقه في المشتري في ذلك حتى
يرجع بالثمن على البايع ان يدعي المشتري على العبد الرق ويقول اقر لي بالرق
ويقيم البينة عليه ثم يقيم العبد البينة عليه انه حر الاصل فيرجع المشتري
ح بالثمن على البايع انتهى ثم ذكر في هذا الفصل ايضا الجارية اذا تداولتها
الايدي فادعت انها حرة الاصل او ادعت عتقا عارضا بتاريخ قبل تاريخ
البياعات ورجع المشتري الاخر على بايعه وكذلك بايعه رجع على بايعه
والى البايع الاول ان الرجوع عليه ففيما اذا ادعت حرية الاصل ان لم يسبق
منها اقرار بالرق لا نصا ولا دلالة من انقيادها البيع وما اشبه ذلك
ليس له ان يابى لان حرية الاصل يثبت بمجرد قولها في حق الناس كافة اذ لم يسبق

منها

منها اقرار بالرق وان سبق منها اقرار بالرق كان للبايع الاول ان يابى الرجوع
عليه لان حرية الاصل لا يثبت بمجرد قولها في موضع سبق منها الاقرار بالرق
وفيما اذا ادعت عتقا عارضا كان للبايع الاول ان يابى الرجوع عليه على كل
حال لان العتق العارض لا يثبت بمجرد قولها انتهى فقد فرق بين مسئلة
العبد ومسئلة الامة في دعوى حرية الاصل في حق رجوع المشتري
بالثمن على بايعه فقال لا يرجع عليه في مسئلة دعوى العبد حرية الاصل
ما لم يثبت اقراره بالرق ويرجع عليه في مسئلة دعوى الامة بدون اثبات
اقرارها بالرق ولكن لم يبين وجه الفرق وقال في الحادي عشر من
دعوى البزازية اشترى عبدا او ادعى انه حر والزمه الحاكم اقراره فبرهن
على الحرية والعبد ينكرها تقبل ويرجع بالثمن انتهى فلم يشترط في حق
الرجوع بالثمن على البايع في دعوى الحرية اثبات اقرار العبد بالرق كما ذكره
في المحيط في مسئلة الجارية وذكر فيه ايضا برهن العبد على من في
يده بالحرية وذو اليد على انه وديعة فلان او اجارة فلان او عارية فلان
عنده تندفع دعوى العبد لكن يحال بينه وبين المودع كما لو برهن العبد
على الوكيل بنقله بينة على الحرية تقبل بينته في قصر يد الوكيل لا في حق
اثبات الحرية كذا هنا ولو برهن العبد على مولاه بالحرية وبرهن المولى عليه
بالرق فبينة العبد اولى لان الرق لا يرد على الحر والحرية ترد على الرق
ولو قال العبد اعتقني فلان وذو اليد انه مودع فلان هذا عنده لا يحال
بينه وبين المودع لانه اقر بالرق له وكذا ان لم يبرهن المودع على الوديعة
منه لا يحال وفي الجامع الصغير قال العبد اشترني فاني عبد ثم ادعى الحرية
الاصلية او العارضية تسمع دعواه ثم ان البايع ان كان حاضرا او معلوما
مكانه يرجع بالثمن عليه وان كان غائبا غيبة منقطعة رجع على العبد والعبد
على البايع متى وجده وقال ابو يوسف لا يرجع على العبد كما لو قال اشترني
او قال فاني عبد فقط وكما لو قال ارتهني فاني عبد

باب دعوى النسب

لما فرغ عن بيان دعوى الاموال شرع في بيان دعوى النسب لان الاول

اكثر وقوعا فكان اهم ذكرا ينبغي ان يبين اولا مراتب النسب قالوا ثبوت النسب
ثلاث مراتب احدها بالنكاح الصحيح وما هو في معناه من النكاح الفاسد
والحكم فيه ان يثبت من غير دعوى وله ان ينفيه ما لم يقر بنسبه صريحا او يظهر
منه ما يكون اعترافا من قبول تهنئة او شراء متاع الولادة او تطاول المدة
مع العلم بالولادة او يقع الاستغناء عن نفيه او يقع فيه حكم لا يقبل النقض
والابطال فمتى وجد واحد من هذه الاسباب لا يملك النفي بعد ذلك اما اذا اقر
بنسب الولد صريحا فلان الاقرار بنسب الولد اقرار له بحقوق مالية بحق النفقة
والمبرات اقتضاء ولو اقر له بهذه الحقوق صريحا لا يملك الرجوع بعد ذلك فكذا
اذا اقر له بذلك اقتضاء واما اذا قبل التهنية او اشترى متاع الولادة فلانها
اقرار بالولادة عادة واما اذا وقع الاستغناء عن نفيه فلان بعد ما وقع
الاستغناء عن نفيه لا يكون للنفي فائدة فلا ينفي واما اذا تطاولت المدة
ولم ينف فيها فهو ايضا اقرار بالولادة عادة واختلف في معرفة تطاول
المدة قيل المرجع فيه العرف والعادة وقيل الراي فيه الى القاضي وعن ابي يوسف
ومحمد انهما قدرا مدة التطاول اربعين يوما فبعد الاربعين لا يصح النفي
واما اذا وقع فيه حكم لا يقبل النقض كما اذا لحق هذا الولد جناية وقضى القاضي
على عاقلة الاب بالارش فانه لا يستطيع نفي هذا الولد بعده لانه وقع فيه
حكم لا يقبل النقض والبطلان وقد تقدم تفصيل هذه المرتبة في باب
ثبوت النسب من كتاب الطلاق والمرتبة الثانية ام الولد والحكم فيها ان يثبت
نسب ولدها بدون الدعوة اذا كان بحال يحل للمولى وطيها اما اذا كانت
بحال لا يحل للمولى وطيها فلا يثبت نسب ولدها بدون الدعوة كام ولد كاتبها
المولى ثم جاءت بولد لا يثبت النسب بدون الدعوة وللمولى ان ينفيه اذا لم يوجد
شيء من الاسباب المذكورة في المرتبة الاولى من قبول التهنئة وغيرها المرتبة
الثالثة الامة والحكم فيها ان لا يثبت نسب ولدها بدون دعوة المولى
ويستوي في ذلك ان يدعي المولى نسب ولدها بعد الولادة او قبلها في
بطنها بان قال هذا الحمل الذي في بطن امتي مني كذا في المحيط وقد تقدم

بيان هذين المرتبتين في باب ثبوت النسب والاستيلاد ثم اعلم ان الدعوة
في النسب على ثلثة اوجه دعوة استيلاد ودعوة تحرير ودعوة الاب
ولد جارية ابنه اما دعوة الاب ولد جارية ابنه فظاهر وشرط صحتها ان يكون
للاب تاويل ملك في جارية يجعل النقل من ملك الى ملك على ما صرح به في
المحيط فلو ولدت امة ابن الرجل ولدا وادعاه الرجل صحت دعوته صدقه
الابن او كذبه لان للاب تاويل الملك في مال ابنه لقوله عم انت ومالك
لابيك فاذا كان له تاويل الملك في مال ابنه اتصل العلوق بتاويل
ملكه ولو اتصل العلوق بحقيقة ملكه كان مصدقا في الدعوة فكذا اذا
اتصل العلوق بتاويل ملكه لان النسب مما يحتاط فيه فاذا صحت دعوته
صارت الجارية ام ولد له ويضمن قيمته للابن واما دعوة التحرير فشرطها ان
ان لا يكون العلوق في ملك المدعي ويكون الملك قائما في المحل للمدعي
وقت الدعوة واما دعوة الاستيلاد فهو ان يكون ابتداء العلوق في ملك
المدعي وشرط صحتها قيام الملك في المحل وقت العلوق واما قيام الملك في
المحل وقت الدعوة فليس بشرط لصحة الدعوة عند علمائنا الثلاث حتى
ان من باع جارية وولدت في يد المشتري لاقل في ستة اشهر من
وقت البيع فادعى البائع الولد صحت دعوته على ما سيأتي في الكتاب
ومما ينبغي ان يعلم ههنا ايضا ان دعوة النسب على نوعين نوع لا حاجة فيه
الى دعوى المال كدعوى البنوة والابوة فانها تسمع بلا حاجة الى دعوى المال
من ارث او نفقة والتناقض لا يضر في هذا النوع حتى لو قال ليس
بابني ثم ادعى انه ابنه تسمع وكذا لو قال ليس بابي ثم قال انه ابوه تسمع ونوع
لا يسمع بدون دعوى ارث او نفقة ونحوها من الحقوق المالية كدعوى الاخوة
والجدية والعمومة والخالية وابن الابن وابن البنت فان دعوى الاخوة المجردة
بدون دعوى المال لا تسمع وكذا دعوى العمومة وغيرها والتناقض فيها ليس
بعفو بل يمنع صحة الدعوى حتى لو قال ليس باخي او ليس بعمي او ليس بخالي ثم ادعى
انه اخوه او عمه او خاله انه لا يسمع لانها في قوة دعوى المال والنوع الاول

لايثبت بالاقرار شرط تصديق المقر له اياه و يقبل البينة عليه عند انكار المقر له
بخلاف النوع الثاني فانه لا يثبت بالاقرار ولا يقبل البينة عليه بدون
دعوى المال على ما سياتي بيانه في اقرار المريض ولابد في دعوى النسب
من ذكر الخصم وهو خمسة الورثة والوصي والموصى له والغريم للميت او على
الميت ولدت جارية اي عند المشتري مبيعة لاقل من نصف سنة منذ بيعت
بعد ان كانت عند البائع مكثت سنتين ثم بيعت انما قيد بالاقل من نصف
سنة لان حكم ولادتها لاكثر من نصف سنة وحكم ولادتها لاكثر من
سنتين سياتي مصرحا ولابد من قيد اخر ههنا اعني كون الجارية عند البائع
تمام سنتين لما قال في البزازية باع الحامل فولدت عند المشتري لاقل من
نصف عام وكانت عند البائع تمام عامين صحت دعوة البائع وبطل البيع
وبعد اعتاق المشتري الولد لا يصح الدعوة و يصح بعد اعتاق الام لان
الولد الاصل وكان ابنه ويرد حصة الولد من الثمن الى المشتري وانما فرضنا
ولادتها عند المشتري لاقل من نصف عام وبكونها هو عند البائع اكثر من
عامين ليحصل القطع بكون العلوق عند البائع انتهى فادعاه البائع ان الولد
المولود منه فهو اي الولد ابنه وهي اي الامة ام ولده لصحة دعواه سواء
صدقه المشتري او كذبه وهذا استحسان اخذه علماؤنا الثلاث والقياس
ان لا يصح دعوة البائع فيما اذا كذبه المشتري وبه اخذ زفر لان البائع في
دعوته متناقض ساع في نقض ما تم من جهته وهو البيع فلا يقبل قوله
كما لو قال كنت اعتقتها او دبرتها قبل البيع لان اقدامه على البيع اقرار منه انها
ليست بام ولد له فيصير بدعوى امية الولد له متناقضا وجه الاستحسان
انا تيقنا بحصول العلوق قبل البيع في ملك البائع وقلنا اتصال العلوق
بملك الانسان شهادة ظاهرة بان العلوق من ذلك الانسان لا من غيره
لان الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك الاتصال منزلة البينة في ابطال حق
الغير عنها فتصير ام ولد له والولد لولده الا ترى ان جارية المريض اذا جاءت
بولد في ملكه وادعى نسبه منه يصير الولد ولده والجارية ام ولد له تنزيلا

لاتصال العلوق بملكه منزلة البينة في ابطال حق الغرماء والورثة عنها وعن
ولدها وقوله انه متناقض في دعواه قلنا نعم الا ان التناقض في امثاله
معفو لانه محل الخفاء لان الانسان قد لا يعلم بالعلوق اصلا وقد لا يعلم ان
العلوق منه ثم يعلم بعد ذلك ومثل هذا الخفاء لا يمكن تصويره في العتق
والتدبير فلا يكون التناقض فيه معفوا هذا الذي ذكرناه في دعوة
البائع وحده وان ادعاه المشتري وحده صحت دعوته ايضا ويثبت النسب
منه وصارت الجارية ام ولد له فيحمل امره على نكاح صحيح او فاسد قبل الشراء
لا على الزنا حملا له على الصلاح واحتياطا في نسب الولد لان النسب مما يحتاط
فيه ولو ادعى المشتري دعوة تحرير صحت دعوته هذا ايضا لكونها في ملكه
فيثبت له الولاء على الولد واذا صحت دعوة المشتري وثبت النسب منه لا تصح
دعوة البائع بعد ذلك لانه ثبت منه حقيقة النسب بهذه الدعوة والحقيقة
اقوى من حق استحقاق البائع هذا في دعوة المشتري وحده وان
ادعياه جميعا فان سبق احدهما صاحبه في الدعوة فدعوته اولى وان
خرج الكلامان معا فدعوة البائع اولى عندنا لانه سابق معنى لان دعوته
دعوة الاستيلاد وانه مستند الى وقت العلوق ودعوة المشتري دعوة
تحرير وانها تقتصر على الحال والسابق اولى كذا في المحيط ويفسخ البيع لانه
لما كانت دعوته صحيحة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده
وبيع ام الولد فاسد فينفسخ البيع هذا استحسان وفي القياس البيع نافذ ودعوته
باطلة للتناقض وقد تقدم الجواب عنه ويرد الثمن ان كان منقودا لانه
قبضه بغير حق وان وصلية ادعاه اي النسب المشتري مع دعوته اي دعوة
البائع لان دعوة البائع اسبق على دعوة المشتري لاستناده الى وقت
العلوق لكونها دعوة استيلاد ودعوة المشتري دعوة تحرير لعدم كون
اصل العلوق في ملكه فيقتصر على الحال والسابق اولى وقد ذكرناه من
قبل بخلاف ما كان المشتري ادعاه وحده دعوة استيلاد فانها تصح ويحمل
امره على النكاح صحيحا او فاسدا قبل الشراء حملا له على الصلاح وتصير الجارية

ام ولد له والولد ابنه وقد ذكرناه من قبل ايضا او بعدها اى بعد دعوة البايع لاستغناء الولد عن النسب لثبوته بدعوة البايع قبلها فلا حاجة الى دعوة المشترى واما لو ادعاه المشترى وحده بدون دعوة البايع فانه قد صحت دعوته دعوة استيلاد او دعوة تحرير على ما عرفت وكذا يثبت نسب الولد لو ادعاه اى البايع بعد موت الام وقد ولدته لاقل من ستة اشهر لان الولد هو الاصل فى النسب لاضافة الام اليه يقال ام الولد وتستفيد هى الحرية من جهته لقوله عم اعتقها ولدها فلا يضره فوات التبع فيكون الولد للبايع او بعد عتقها اى الام يعنى ادعى البايع الولد بعد اعتاق المشترى امه فدعواه صحيحة والولد للبايع ويرد الى المشترى حصته اى حصة الولد من الثمن فى العتق بان يقسم الثمن على قيمة الولد وعلى قيمة الام فما اصاب الام يلزم المشترى وما اصاب الولد سقط عنه ان لم يقبضه ويرد اليه ان قبض ويرد كل الثمن فى الموت عنده ح وكذا فى العتق عنده على الصحيح عليهما فى الهداية واختاره شمس الائمة فى الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة لها فيرد كله وقالوا انه مخالف لرواية الاصول وكيف يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل فى حق الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشترى بعد القبض ولهذا ذكر شمس الائمة فى المبسوط وقاضيخان انه يرد حصة الولد من الثمن عنده ايضا واختاره المص وفرقوا بين العتق والموت بان فى الاعتاق كذب القاضى البايع فيما زعم انها ام ولده حين جعلها معتقة المشترى ومدبرة فلم يبق لزعم البايع عبرة واما فى الموت بموت الام لم يكذبه الحكم بخلاف ما زعم البايع فبقى زعمه معتبرا فى حق الولد فيرد جميع الثمن واعترض عليه بان الولد حدث بعد قبض المشترى الجارية ولا حصة من الثمن فيما حدث بعد قبض المبيع واجيب بان ذلك من حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض وما هو كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه البايع وقد استهلكه بالدعوة وقالا يرد حصته فيهما اى فى عتق الام وموتها بناء على ان مالية ام الولد متقومة عندهما فيضمن المشترى فيلزم

البايع رد حصة الولد ولو ادعاه اى لو ادعى البايع الولد وقد ولدته لاقل من ستة اشهر بعد موته اى موت الولد او عتقه اى عتق المشترى الولد ردت دعوة البايع فى حق الولد والام معا فى الموت والاعتاق اما فى الموت فلانه لا حاجة له بعد موته الى النسب حتى اثبتناه له والام فى الاستيلاد تابعة له فاذا لم يثبت النسب للاصل فلم يثبت الاستيلاد للتابع ايضا واما فى العتق فلان اعتاق المشترى الولد مانع عن ثبوت النسب من البايع لان الاثبات منه لا يكون الا بفسخ اعتاق المشترى والعتق لا يقبل الفسخ ولان الثابت باعتاق المشترى حقيقة الحرية والثابت للبايع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة واذا لم يثبت النسب منه لم يثبت ما هو تابع له واستيلاد الام بخلاف الفصل الاول اعنى اعتاق المشترى الام فان ثبوت المانع فى البيع وهو الام من البايع لا يمنع صحة الدعوى وثبوت النسب فى الاصل على ما تقدم فان قيل اذا صح دعوى البايع وثبت نسب الولد فى هذه الصورة كان ينبغى ان تصير الجارية ام ولد للبايع لانه من احكام ثبوت النسب منه لولدها ولهذا صارت ام ولده فيما اذا ادعى البايع نسب الولد قبل اعتاق المشترى الام ويثبت نسب الولد منه صارت الجارية ام ولده لكونه من احكام ثبوت نسب ولده منه اجيب بان كون الجارية ام ولده انما هو من احكام ثبوت النسب لا من ضروراته بحيث لا ينفك ثبوت النسب عنه بل يجوز الانفكاك عنه كما فى ولد المغرور فانه حر ثابت النسب من المشترى المستولد وامه لا تكون ام ولد له ولو ولدت الجارية المبيعة لاكثر من نصف سنة واقل من سنتين من وقت البيع وادعاه البايع ان صدقه المشترى فالحكم كالاول اى فى دعوة النسب فيما ولدت لاقل من نصف سنة فيثبت النسب من البايع ويبطل البيع والولد له حر والام ام ولده لتصادقهما واحتمال العلوق فى الملك والا فلا يثبت النسب من البايع لاحتمال ان لا يكون العلوق فى ملكه فلم توجد الحجة وان ادعاه المشترى وحده فى هذا الفصل صح دعوته لامكان ان العلوق كان فى ملكه فيكون الولد حر الاصل والام ام ولد له وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشترى اولى لان البايع فى

هذه الحالة كالاجنبي وان كان اي الولد يعني ان ولدت في اكثر من سنتين
من وقت البيع لا تصح دعوته ان لم يصدقه المشتري لانه تيقن ان العلوق
لم يكن في ملكه فان صدقه المشتري يثبت نسبه من البايع وحمل على
الاستيلاد بالنكاح حملا له على الصلاح ولا يرد البيع ولا يعتق الولد ولا يصير
الام ام ولد للبايع لان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق
في حق الولد ولا حقه في حق الام حتى يصير ام ولد له فاذا لم تصر
ام ولد له بقي الدعوة في الولد دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله
والبايع ليس بمالك وان ادعاه المشتري وحده في هذا الفصل
او ادعياه معا او متعاقبا صح دعوة المشتري لان البايع كالاجنبي هذا
كله اذا كانت المدة معلومة اما اذا لم تكن معلومة بانها ولدت بعد البيع
لاقل من النصف او اكثر من سنتين او ما بينهما فهو على اربعة اوجه ايضا
فدعوة البايع وحده لا تصح الا بتصديق المشتري ودعوة المشتري
وحده صحيحة وان ادعياه معا لم يصح دعوة واحد منهما وكان الولد عبدا
للمشتري وان ادعيا متعاقبا ان سبق المشتري صحت دعوته وان سبق البايع
لم يصح دعوة واحد منهما كذا في العناية فحاصل المسئلة ان الجارية المبيعة
اذا ولدت بعد البيع فاما ان تكون مدة الولادة معلومة او لا فان كانت
معلومة اما ان يكون لاقل من نصف سنة او لاكثرها او لما بينهما وعلى كل
التقادير الاربعة اما ان يكون المدعي هو البايع وحده او المشتري وحده
او كلاهما معا او متعاقبا وحكم كل منها سبق ولا بد ان يكون البايع اشترى
هذه الجارية وباعها بعد سنتين حتى يعلم ان العلوق كان في ملك البايع
كما صرح في الخلاصة وان باع عبدا ولد عنده وكان اصل العلوق في
ملكه ثم ادعاه بعد بيع مشتريه صحت دعوته بناء على انه اذا كان الحادث
في الولد مما يلحقه الفسخ لا يمنع الدعوة فيه وههنا كذلك لان البيع مما يقبل
الفسخ وبيع مشتريه لان ما للبايع من حق الدعوة لا يحتمل النقض والبيع
يحتمله فينتقض لاجله وكذا لو كاتبه اي الولد المشتري او كانت امه او رهن اي الولد

او الام

او الام او اجر اي الولد او زوجها اي الام ثم كانت الدعوة من البايع صحت لما ذكرنا
ونقضت هذه التصرفات لاحتمالها النقض فينتقض لاجل ما لا يحتمله بخلاف
اعتاق المشتري وتدبيره لعدم قبولهما النقض وبخلاف ما اذا ادعاه
المشتري اولا ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت النسب من البايع لثبوته اولا من
المشتري وذلك لا ينتقض كعتقه فان قيل الثابت باعتاق المشتري حقيقة
الحرية وبدعوته حق الحرية فانى يستويان واما الدعوة من البايع ومن
المشتري فيستويان في ان الثابت بها حق الحرية فاين المرجح اجيب عنه
بان التساوي بين عتق المشتري ودعوته في عدم احتمال النقض وذلك
ثابت البتة ودعوة ترجح دعوة المشتري على دعوة البايع من حيث ان الولد
قد استغنى بالاولى عن ثبوت النسب في وقت لا تزاحم له فلا حاجة الى
الثانية ولو باع احد توامين ولدا عنده وكان اصل العلوق في ملكه فاعتقه
مشتريه ثم ادعى البايع الاخر يثبت نسبهما اي من البايع لانهما من ماء
واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الاخر وبطل عتق
المشتري بكسر الراء وفتحها لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق
والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت حرية الاصل فيه فثبت نسب الاخر
وحريته ايضا ضرورة كونهما من ماء واحد فتبين ان عتق المشتري لاقى حر
الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث بطلت ثمة دعوة البايع لان عتق
المشتري على ما سبق لان هناك لو صحت الدعوة من البايع لزم بطلان العتق
الحق وقد تقدم ان حق الدعوة لا يعارض الاعتاق واما في مسئلة
التوامين ثبت بطلان عتق المشتري تبعا لحرية هو حرية الاصل لا حرية التحرير
ثم لو لم يكن اصل العلوق في ملكه يثبت نسب الولد الذي عنده ولا ينقض
البيع فيما باع لان هذا دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال بالمدعي
فيقتصر على محل ولايته وهو الذي عنده ومن في يده فقيد اليد ليس بشرط
بل اتفاقي كما صرح به في الزيلعي حتى لو قال هو ابن زيد الغائب ثم قال
هو ابني لا يكون ابنه اصلا لا في الحال لتعلق حق الغير به ولا في الاستقبال

لان الغائب لا يخلو اما ان يصدقه او يكذبه او يسكت ففي الاول والثالث
لا تصح دعوته بالاتفاق لانه لم يتصل باقراره تكذيب من جهة المقر له فبقي
اقراره وفي الوجه الثاني اختلف على ما اشار اليه بقوله وان وصله يجحد
زيد بنوته هذا عند ابي ح وعندهما يصح ان يجحد فيكون الصبي للمقر وجههما ان
الاقرار بالنسب يرتد بالرد فاذا رده المقر له كان وجود الاقرار وعدمه على
السواء فصار كانه لم يقر الجحد وادعاه لنفسه وصار كما اذا اقر المشتري
على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال المشتري انا اعتقته فان الولاء
يتحول اليه بخلاف ما اذا صدقه المقر له لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من
الغير وذلك لا يصح وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق
المقر له على اعتبار تصديقه كمن نفى ولد المنكوحة ولاعن ثم فرق القاضي
بينهما لا يصح دعوة نسبه من الغير لتعلق حق الملاعن به لاحتمال تكذيب نفسه
ولابي ح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته بالاتفاق والاقرار بمثله لا يرتد
بالرد فبقي فيمتنع دعوته لان الاقرار به يتضمن شيئين خروج المقر عن الرجوع
فيما اقر به لعدم احتمال النقض كالاقرار بالطلاق والعتاق وتعلق حق المقر له
به وتكذيب العبد لا يبطل شيء منها ومسئلة الولاء على الخلاف سلمناه ولكن
الولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى جانب الاب
وانما لا يبطل اذا تقرر سببه ولم تتقرر لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب
فكان الولاء موقوفا وقد اعترض عليه ما هو اقوى وهو دعوى المشتري فيبطل
قال في البزازية من دعوى النسب نقلا عن الجامع لو قال هذا ابن عبدي
او ابن فلان الغائب ثم قال هو ابني لا يكون ابنه ابدا وقالا ان كذبه المقر له في
النسب ثم ادعاه المقر صح انتهى فعلى هذا في كلام المص قصور لان الظاهر من
كلام المص عدم الحاجة الى دعوة المقر بعد تكذيب المقر له والظاهر من البزازية
خلافه كما ترى ولو كان اي الصبي في يد مسلم ونصراني فادعى المسلم رقه والكافر
بنوته فهو اي الصبي حر ابن الكافر نظرا للصبي لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف
الاسلام مالا لان دلائل الوحدانية ظاهرة والعقل مستقل في معرفة

حسن الايمان وقبح الكفر وفي عكسه ينال شرف الاسلام تبعا ويحرم عن الحرية
اذ ليس في وسعه اكتسابها وقوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك
يعارضه قوله تعالى ادعوهم لآبائهم فبقي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان
سالمة عن المعارض فعملنا بها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى
ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين بخلاف ما لو ادعى غلام بالغ نصراني على
نصراني ونصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة انه ابنهما واقام الطرفان
البينة حيث لا يترجح جانب الاسلام لان البينتين وان استويا في اثبات
النسب بفراش النكاح لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه مثبت حقا لنفسه
لان معظم المنفعة في النسب للولد دون الوالد لان الولد يصير بعدم
الاب ولا يصير الوالدان بعدم الولد وبينته من يثبت حقا لنفسه اولى
فان قيل انه اضعف من الاسلام في الترجيح قلنا انه تقوى بقوله عم البينة
على المدعي لانه اشبه المدعيين لكونه يدعي حقا لنفسه ولان النسب في
معنى النتاج وفي النتاج بينة ذي اليد اولى والغلام ههنا ذو اليد لانه
في يد نفسه وكذا لو ادعى غلام بالغ على مسلم ومسلمة انهما ابواه واقام
عليه البينة واقام مسلم ومسلمة لحزي ان هذا الغلام ابنهما فبينة الغلام
اولى لما ذكرناه واعلم ان دعوى نسب الغلام على ثلاثة اقسام الاول دعوى
الخارج مع ذي اليد قال محمد في الاصل لو ان حرا مسلما في يديه
غلام يدعي انه ابنه جاء مسلم او ذمي او عبد واقام بينة انه ابنه ولا بينة
لصاحب اليد قضي بنبوته من المدعي الخارج لان البينة لا تعارضها اليد
ولا قول ذي اليد وقال شيخ الاسلام ويكون الولد حرا في ذلك
كله وقالوا هذا الجواب لا يشكل فيما اذا كان المدعي حرا ويشكل فيما اذا
كان المدعي عبدا لان ماء العبد رقيق ما لم يثبت اتصاله برحم الحرة واذا
لم يسموا الام لم يثبت اتصاله برحم الحرة ثم اجاب فقال حرية الولد كان
ظاهرا حين ادعى صاحب اليد نسبه وهو حر فبما اقام العبد من البينة
لم يبطل تلك الحرية لانهم اذا لم يسموا امه يجوز ان يكون امه حرة حتى لو اقام

العبد بينة ان هذا ابنه من امراته هذه وامراته امة يبطل ما ثبت للولد من
الحرية باقرار ذي اليد وذكره شمس الائمة الحلواني وقال ويكون الصبي حرا
حرا الا في العبد خاصة فانه اذا ثبت نسبه من العبد يكون مملوكا واستحسنه
الامام السرخسي وقال وهو الاشبه ثم قال واذا كان الصبي في يد رجل
يدعي انه ابنه ويقيم على ذلك بينة ورجل اخر يقيم بينة انه ابنه قضي لصاحب
اليد لان النسب في معنى النتاج وفي النتاج بينة ذي اليد اولى فكذا في
النسب ولو اقام صاحب اليد بينة انه ابنه من امراته هذه واقام رجل اخر
بينة انه ابنه من امراته هذه فهو لذي اليد لانهما استويا في اليد على
الام ولاحدهما يد على الولد فيترجح من له يد على الولد كما في دعوى النتاج
ويكون الصبي ابنا له ولامراته معا سواء ادعى الاب وجحدت المراة او اقرت
وكذا لو ادعته المراة وجحد الاب او اقر لان الاب ينتصب خصما عن ابنه
في اثبات نسبه من الام وكذا الام تنتصب خصما عن الابن في اثبات
نسبه من الاب لان النسب حق الولد لكونه محض منفعة له فيكون كل من
الاب والام خصما عنه في اثباته ثم قال عبد تحته امراة وفي ايديهما
صبي جاء رجل حر تحته حرة وادعى ان هذا الصبي ابنه من هذه المراة واقام
على ذلك بينة وادعى العبد انه ابنه من امراته واقام على ذلك بينة يقضى به للحر
ولم يعتبر اليد الثابتة للعبد ترجيحا اذا كان الخارج حرا لان اليد انما يعتبر
للترجيح اذا استوت البينتان في الاثبات ولا استواء هنا لان
بينة الحر يثبت النسب بجميع احكامه وبينة العبد لا يثبت النسب بجميع احكامه
فيكون بينة الحر اكثر اثباتا فيكون اولى واذا كان الصبي في يدي رجل
اقام رجل بينة انه ابنه من امراته هذه وهما حران واقام صاحب اليد بينة
انه ابنه وهو حر ايضا الا انه لم ينسبه الى امه فانه يقضى بالولد للمدعي
لان بينته اكثر اثباتا لانها تثبت النسب من الاب والام جميعا وبينة
صاحب اليد لا تثبت النسب من الام اذا لم يسموا الام صبي في يد رجل من
اهل الذمة يدعي انه ابنه جاء مسلم واقام بينة من المسلم ومن اهل الذمة

انه

انه ابنه واقام الذي في يده بينة من اهل الذمة انه ابنه قضي للخارج لان
ما اقام الذمي من البينة ليست بحجة في حق المسلم فصار في حق المسلمين
كان الذي لم يقم البينة وان اقام الذمي بينة من المسلمين وباقي المسالة
بحالها قضي للذمي بحكم يده عند الاستواء في الحجة هكذا ذكره في المحيط
ثم قال ومما يتصل بهذا القسم دعوى الخارج مع ذي اليد نسب الامة مع دعوى
تلك الامة كما قال محمد اذا كان في يد رجل امة وولدت ولدا اقام رجل اخر
بينة ان هذه الامة امته ولدت هذا الولد منه على ملكه واقام ذو اليد
بينة ان هذه الامة امته ولدت هذا الولد منه على ملكه وعلى فراشه والغلام
صغير لا يتكلم او قد احتلم الا انه يدعي انه ابن صاحب اليد فالقاضي يقضي
بالغلام لذي اليد لان بينة ذي اليد في دعوى النسب مرجحة حسب ترجحها
في دعوى النتاج ويقضي بالامة لذي اليد وان كان المدعي خارجا لانهما
تصادقا على ان حق العتق للام بسبب ثبات هذا الولد لان حق الام انما
يثبت تبعا لثبوت حق الولد وكل من يثبت نسب الولد منه يثبت حق العتق
للام من جهته باتفاق الخصمين وباتفاق البينتين وقد ثبت نسب الولد
ههنا من ذي اليد فيثبت حق العتق للام من جهته ومما يتصل بهذا القسم ايضا
دعوى الخارج مع ذي يد نسب ولد الحرة مع دعوى نكاح الحرة كما قال محمد
حرة لها ابن وهما في يد رجل اقام رجل اخر بينة انه تزوجها وانها ولدت
منه هذا الولد على فراشه واقام ذو اليد بينة على مثل ذلك فانه يقضي بالولد
لذي اليد سواء ادعى الغلام انه ابن ذي اليد او ادعى انه ابن الخارج ان
ادعى انه ابن ذي اليد فظاهر وان ادعى انه ابن الخارج فلانا قضينا بالنكاح
لذي اليد لانهما ادعيا تلقي الملك في بضعها من جهة واحدة ولاحدهما
يد فيقضى لذي اليد كما في دعوى الشراء واذا وجب القضاء بالنكاح
لذي اليد لم يكن القضاء بالنكاح للخارج وما لم يثبت النكاح في المراة للخارج
لا يمكن اثبات النسب منه ولو كان الذي هما في يده من اهل الذمة وشهوده
مسلمون والمراة من اهل الذمة قضيت بالمراة والولد لذي اليد لان بينته

كل واحد منهما حجة على صاحبه وفي دعوى النكاح والنسب بينة ذي اليد اولى فيقضى
بالمراة والولد لذي اليد وان كانت المراة في هذه الصورة قضى
بالمراة والولد للمدعي سواء كان شهود ذي اليد مسلمين او كانوا من
اهل الذمة اما اذا كانوا من اهل الذمة فظاهر لان شهود اهل الذمة ليست
بحجة على المدعي فكان ذا اليد لم يقم البينة فيقضى للخارج ببينته وان كان
شهود ذي اليد من اهل الاسلام فلان ذا اليد يدعي نكاحا فاسدا لان
نكاح الذمي على المسلمة فاسد وبينة ذي اليد في دعوى النكاح انما يترجح
اذا ادعى ذو اليد نكاحا صحيحا القسم الثاني في دعوى الخارجين نسب
الولد قال محمد صبي في يده رجل جاء رجلان وادعى كل واحد منهما انه
ابنه واقاما على ذلك بينة فقضى بنسبه منهما وان وقتت احدى البينتين
وقتا قبل الاخرى ينظر الى سن الصبي فان كان موافقا لاحدى الوقتين
يقضي مشكلا للوقت الاخرى يقضي للمشكل لانه لم يتيقن بكذبه ويتيقن كذب
الاخر وان كان مشكلا للوقتين فعلى قول ابي يوسف ومحمد يسقط اعتبار
التاريخ ويقضي بينهما باتفاق الروايات واما على قول ابي حنيفة ذكر شيخ الاسلام
انه يقضي بينهما في رواية ابي حفص ولا يعتبر التاريخ وعلى رواية ابي سليمان
يقضي لاسبقهما تاريخا صبي في يدي رجل يدعي نسبه خارجان احدهما مسلم
والاخر ذمي واقام كل واحد منهما بينة من المسلمين انه ابنه قضى بالنسب من المسلم
وترجح المسلم على الذمي بحكم الاسلام وفيما اذا كان الصبي في يدي ذمي
يدعي انه ابنه ويقيم عليه بينة من المسلمين وجاء مسلم وادعى نسبه منه
واقام بينة من المسلمين او من اهل الذمة يقضى للذمي لان هناك الترجيح بحكم
اليد ممكن فرجحنا اليد عند الاستواء في الحجة والحاصل ان الترجيح في
باب النسب اولا باليد فان لم يمكن باليد يصار الى الترجيح بالاسلام صبي
في يد رجل ادعاه مسلم انه ابنه من هذه الامة وادعاه عبد او مكاتب
انه ابنه من هذه الحرة قضى للحر لان بينته اكثر اثباتا لانها تثبت النسب
بجميع احكامه ولو ادعاه عبد انه ابنه ولد من هذه الامة وادعاه مكاتب انه ابنه

ولد

ولد من هذه المكاتبة قضى للمكاتب لان بينته اكثر اثباتا لانها توجب حرية الولد
القسم الثالث في دعوى صاحبي اليد الولد واليه اشار بقوله ولو كان
اي الصبي الذي لا يعبر عن نفسه في يد زوجين فزعم الزوج انه ابنه
من غيرها وزعمت المراة انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد
منهما لقيام يديهما ولقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق
صاحبه فلا يصدق عليه وصار كثوب في يد رجلين يقول كل
واحد منهما هو بيني وبين رجل اخر غير صاحبي يكون الثوب بينهما الا ان
هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل ثمة يحتمل الشركة بخلاف
ما نحن فيه لان النسب لا يحتملها ولو ادعت المراة وحدها انه ابنها منه
فان صدقها الزوج ثبت النسب منهما بالتزامه بلا حاجة الى حجة وان كذبها
لم تجز دعوتها حتى يشهد بالولادة امراة لانها تدعي تحمل النسب على الغير
فلا يصدق الا بالحجة وشهادة القابلة كافية على ما صح عن النبي عم
انه قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة وادعتها احتاجت
الى حجة كاملة عند ابي ح الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعتراف من
قبل الزوج وعندهما يكفي شهادة امراة واحدة على ما مر في الطلاق
ولو ادعتها ولم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بمجرد
قولها لالتزامها على نفسها وقيل لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج او لا
والفرق هو ان الاصل ان كل من ادعى امرا لا يمكن اثباته بالبينة كان
القول فيه قوله من غير بينة وكل من ادعى امرا يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل
قوله فيه الا بالبينة والمراة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد
منها مما يشاهد فلا بد لها من بينة والرجل لا يمكنه اقامة البينة على
الاعلاق لخفائه فلا يحتاج اليها والمختار هو القول الاول لعدم التحميل
على احد فيها ولو كان الصبي في يد امراة وادعته امراة اخرى انه ابنها
واقامت على ذلك امراة واحدة واقامت المراة التي في يدها انه
ابنها يقضى لذي اليد ولو شهد لكل منهما رجلان قضى لذي اليد ايضا

ولو شهد لصاحب اليد امراة واحدة وللخارجة رجلان يقضى للخارجة كذا في
المحيط ولو استولد مشتراة اي ولدت منه ولم ينكره هو ثم استحقت الوالدة
المشتراة فالولد حر الاصل بالاجماع لانه ولد المغرور فان المغرور من
يطا امراة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق المراة
وهو كذلك وولد المغرور حر ومضمون على الاب باجماع الصحابة الا انهم
اختلفوا في كيفية الضمان فقال عمر بن الخطاب يضمن بالمثل فان كان
غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال علي بن
ابي طالب يضمن بالقيمة وهو مذهب اصحابنا ولهذا قال وعلى الاب قيمته
لانه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل بل بالقيمة يوم الخصومة
لانه لما كان حصوله في يده من غير تعد منه كان كولد المغصوبة
امانة عنده فلا يضمن الا بالمنع ويوم الخصومة هو يوم المنع فان مات
الولد اي قبل الخصومة فلا شيء على ابيه اي لم يضمن قيمته لعدم المنع منه
وتركته له لانه حر الاصل في حقه فيرثه فان قيل ينبغي ان يكون
المال مشتركا بين الاب والمدعي لانه حر الاصل في حق الاب رقيق في
حق المدعي اجيب بانه علق حر الاصل في حق المدعي ايضا ولهذا لا يكون
الولاء له وانما قدر الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت
بالضرورة لا يعدو موضعها وان قتله الاب غرم قيمته لوجود المنع منه
وكذا ان قتله غيره فاخذ الاب قدر قيمته من ديته وذلك لان سلامة
بدله كسلامة نفسه ومنع بدله كمنع نفسه فيغرم الاب ما اخذه من
قدر قيمته من ديته وان لم ياخذ الاب شيئا من ديته لا يجب عليه شيء
لان المنع لا يتحقق فيما لا يصل اليه وان اخذ اقل من قيمته وجب عليه بقدره
اعتبارا للبعض بالكل على ما في الزيلعي ويرجع الاب بقيمته اي بقيمة الولد
وبالثمن اي ثمن الام على بايعه اي بايع الام لان البايع قد ضمن للمشتري
سلامة المبيع بجميع اجزائه ولم يسلم كذلك لان الولد من اجزائه والتزم ايضا
سلامته عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق فيرجع عليه بما ضمنه ولو هلك

عند المشتري فضمنه المستحق قيمتها وقيمة ولدها يرجع المشتري ايضا على
البايع بالثمن وقيمة الولد ولا يرجع عليه بقيمة الام لان اخذ قيمتها
كاخذ عينها وفيه لا يرجع الا بالثمن فكذا هنا لا اي لا يرجع الاب على
البايع بالعقر الذي ضمنه للمدعي لانه انما ضمنه لكونه واطئا للامة
ومستوفيا لمنافع بضعها ومنافعها ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البايع ضامنا
لسلامتها وسقط عنه الحد مع كونه واطئا الامة الغير لشبهة الغرور وانما
قيد هذه المسئلة بالمشتراة لانه لو استولد امة موهوبة او متصدقة
او موصية له فاستحقت لا يرجع الاب بشيء من قيمة الولد على الواهب والمتصدق
والموصي لان هذه العقود عقد تبرع ولا شيء على المتبرع بخلاف البيع لانه
عقد معاوضة يوجب السلامة والضمان على ما تقدم وبخلاف التزوج
لانه موضوع للاستيلاد وطلب النسل فاذا لم يسلم له ما هو المقصود يرجع
بذلك على من غره وهو المزوج فانه لو زوجه رجل امراة على انها حرة ثم
استحقت يرجع على المزوج بثمن الام وقيمة الولد لكونه مغرورا من جهته
ولو باع المشتري هذه الامة من رجل اخر فاستولدها الثاني ثم استحقت
يرجع المشتري الثاني على البايع الثاني بالثمن وبقيمة الولد ويرجع المشتري
الاول على البايع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند ح
وقالا يرجع عليه بقيمة الولد ايضا لان البايع الاول ضمن للثاني سلامة
الولد في ضمن البيع ولم يسلم له حيث اخذ منه قيمة الولد فيرجع به عليه
كما في الثمن وله ان البايع الاول ضمن للمشتري سلامة اولاده
دون سلامة اولاد المشتري منه لان ضمان السلامة انما يثبت بالبيع والبيع
الثاني لا يضاف اليه وانما يضاف الى البايع الثاني بمباشرته باختياره
فينقطع به سبب الاول بخلاف الثمن لان البايع الاول ضمن للبايع الثاني
سلامة المبيع فلم يسلم له فلا يسلم لبايعه الثمن **كتاب الاقرار**
هو في اللغة الاثبات يقال قر الشيء قرارا اذا استقر في مكانه واقره
غيره اذا اثبته وفي الشرع هو اخبار اي اعلام بالقول حتى لو سكت

او اشار ولم يتكلم بشئ لم يكن اقرارا لعدم الاخبار بخلاف ما لو كتب الى غائب اما بعد
فله على كذا فانه اقرار لكونه مكالمة مع الغائب بحق الاخر حتى لو علم ذلك الاخر
ان المقر كاذب في اقراره لا يحل له اخذه عن كره لعدم حقه عليه سوا ادعى
المقر انه كاذب في اقراره او لم يدع وذلك بان اثبت اقراره فيما اذا انكر او حلف
فيما اذا ادعى انه اقر كاذبا واراد تحليف ذلك الاخر على عدم علمه بكذبه في
اقراره فان للمقر تحليف المقر له اذا ادعى انه اقر كاذبا على عدم علمه بكذبه في اقراره
له على ما صرح به في باب اليمين من دعوى قاضيخان حيث قال اذا اقر
رجل انى وهبت هذا العين لفلان وقبضه منى ثم ادعى انه لم يقبضه منى وانى
اقررت بالقبض كاذبا وطلب يمين الموهوب له ذكر شيخ الاسلام انه
لا يحلف الموهوب له في قول ابى حنيفة ومحمد ويحلف في قول ابى يوسف وكذا
في كل موضع اذا ادعى انه كان كاذبا فيما اقر كما لو اقر بقبض الثمن من المشترى
وغيره اذا ادعى انه كان كاذبا في اقراره او اقر الواهب بقبض الهبة
ثم ادعى انه كان كاذبا في اقراره واراد استحلاف المشترى بالله لقد نقده
الثمن او طلب يمين الموهوب له بالله لقد قبضت الهبة باذن الواهب
على قول ابى حنيفة ومحمد ليس له ان يستحلفه وعلى قول ابى يوسف والشافعي له
ذلك فاذا كان في المسئلة خلاف ابى يوسف والشافعي له ذلك
فاذا كان في المسئلة خلاف ابى يوسف والشافعي يفوض ذلك الى راى
القاضى والمفتى انتهى واعلم ان الاقرار حجة ظاهرة فيكفى في مقام الدفع لان
الدفع للابقاء والظاهر يكفى للدفع والابقاء ولا يكفى في مقام الاستحقاق
لان الاستحقاق اثبات امر لم يكن فلا بد من حجة قوية وعليه استقر فتوى
علماء خوارزم وتمامه ما ذكر في الذخيرة ادعى عليه كذا دراهم او ان
العين الذى في يده له لما انه اقر له به او استدل بدعوى الاقرار وقال
انه اقر ان هذا لى او اقر ان لى عليه كذا قيل يصح وعامة المشايخ على انه
لا يصح الدعوى لعدم صلوح الاقرار للاستحقاق كالاقرار كاذبا فلا يصح
الاقرار لاضافة الاستحقاق اليه بخلاف دعوى الاقرار من المدعى عليه على

المدعى

المدعى لدفع دعواه بان برهن على انه اقر انه لا حق له فيه او بانه ملك المدعى
حيث تقبل لان دعوى الاقرار مسموعة في مقام الدفع لا في مقام
الاستحقاق وقيل لا تقبل دعوى الاقرار في طرف الدفع ايضا وعامة
المشايخ على انه تقبل في طرف الدفع واجمعوا على انه لو قال هذا العين ملكى
وهكذا اقر به المدعى عليه تقبل لانه لم يجعل الاقرار علة الاستحقاق ولو برهن
عليه ايضا تقبل ولو انكر الاقرار في هذه الصورة هل يحلف على اقراره
قيل انه على الخلاف بين ابى يوسف ومحمد والفتوى على انه يحلف على المال
لا على الاقرار وذكر القاضى ان دعوى المال بناء على الاقرار وان كان في
طرف الاستحقاق تقبل عند عامة المشايخ وقال في البزازية وهذا على
خلاف ما ذكر في الذخيرة من انه لا تقبل في طرف الاستحقاق عند
عامة المشايخ وقال فيها ايضا وقد بقى هنا فصل اخر اختلف فيه العلماء
وهو ان المديون اذا برهن على اقرار المدعى باستيفاء الدين قيل لا يسمع
لانه دعوى الاقرار في طرف الاستحقاق لان الديون تؤدى بامثالها
فيكون المقبوض دينا على الدافع وقيل يسمع لانه في الحاصل يدفع اداء
الدين عن نفسه فكان دعوى الاقرار في طرف الدفع كذا في المحيط
وقال في المنتقى بعلامة حم اقر بدين لرجل ثم قال نسيت القضاء ولى
على ذلك بينة فاقام ان هذا الدين الذى اقر هو قضاه قيل هذا الاقرار
لا تقبل لانه متناقض انتهى وقد وقع لى ان افتى بهذا ثم اعلم انهم اختلفوا
في ان الاقرار اخبار او تمليك واختار المصنف كونه اخبارا وفي البزازية
وهو الاوجه واستدلوا عليه بمسائل منها صحة الاقرار بالخمر مع انه لا يتصور
فيه التمليك من المسلم ومنها عدم صحة اقراره بالطلاق والعتاق مكرها ولو كان
تمليكا لصح لان طلاق المكره وعتاقه صحيح ومنها صحة اقرار المريض المديون
بجميع ماله لاجنبى حيث صح بدون اجازة الورثة ولو كان تمليكا لكان من
الثلث ومنها صحة اقرار العبد المأذون بعين في يده مع انه ممنوع عن
التمليك ومنها صحة الاقرار بنصف دار مشاعا يقسم عند الامام ايضا مع عدم صحة

تمليك الشايع ومنها صحة الاقرار بالنكاح بلا حضور الشهود وابتداء النكاح
لا يصح بدونه ومنها صحة اقرار المريض بالدين المستغرق ولو كان تمليكا لما صح
ويدل ايضا على انه اخبار لا تمليك ما قالوا ان دعوى الملك والنكاح بناء
على الاقرار لا يصح ولو كان تمليكا تاما لصح واستدل القائلون بانه تمليك
بان الاقرار يرتد بالرد ولو لم يكن تمليكا بل اخبارا لما بطل بالرد ولا يصح اقراره
لوارثه في مرضه واجيب عنه بانه انما يلزمه ذلك الاحكام اى الارتداد
بالرد وما بعده لوجود معنى التمليك فيه ا رتد برد المديون او برد الوارث
على نفسه قيده بكونه على نفسه لانه لو كان لغيره على غيره يكون شهادة
ولنفسه على غيره يكون دعوى ولا يصح اى الاقرار الا لمعلوم لان المجهول
لا يصلح مستحقا فلابد ان يكون المقر له معلوما لا مجهولا جهالة فاحشة
او غير فاحشة حتى لو قال على الف درهم لواحد من الناس او لاحد هذين
لا يصح اقراره في الصورتين هكذا ذكره شمس الائمة لكن ذكر شيخ الاسلام
والناطفى ان الجهالة اذا تفاحشت لا يجوز وان لم تتفاحش يجوز وكذا لا يجوز
مع جهالة المقر حتى لو قال لك على واحد منا الف لا يصح اقراره بخلاف جهالة
المقر به فانها لا تمنع صحة الاقرار على ما سيصرح به قال في الاشباه الاقرار
للمجهول باطل الا في مسئلة ما اذا ادعى رد المبيع بعيب فبرهن البايع
على اقراره انه باعها من رجل ولم يعينه قبل بينته وسقط حق الرد انتهى
ولا يخفى عليك ان الحصر في كلام المص في ابتداء الاقرار من المقر لا في
الاقرار المثبت ببينة الخصم بعد انكار المقر فلا استثناء وحكم ظهور
المقر به لان الاقرار ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه دالا على المخبر به بناء على
ان مدلول الخبر الصدق والكذب احتمال عقلى كيف وقد الزم رسول الله
عم ماعز الرجم باقراره وتلك المرأة الغامدية باعترافها فلو لم يكن ملزما
لما الزمهما عم باقرارهما ما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في
غيره اولى واذا كان ملزما يلزمه ظهور حكم بالضرورة سواء صدقه
المقر له او سكت لان تصديقه ليس بشرط في صحة الاقرار وانما لورده

فان كان

فان كان المقر به دينا او عينا يبطل اقراره بالرد وان كان طلاقا او عتاقا
لا يبطل بالرد لانه اسقاط يتم بالمسقط وحده وكذا لو اقر لآخر وقال
انا عبدك فرده المقر له لا يبطل الاقرار فيكون عبده لان الاقرار بالرق
لا يبطل بالرد كما لا يبطل بجحود المولى كما في الخلاصة والبزازية ولو عاد
المقر له الى تصديق المقر بعد رده لا يفيد تصديقه ولو اعاد المقر اقراره
بعد الرد وصدقه المقر له في الاقرار الثاني يصح اقراره كما في القنية
واما الاقرار بالنسب فهل يرتد بالرد ففي الفصولين بعلامة قاضى ظهير
لو قال ليس هذا الولد منى ثم قال هو منى يصح لانه بالاقرار بانه ابنى
تعلق حق المقر وحق المقر له اما حق المقر له فانه يثبت نسبه من رجل معين
حتى ينتفى كونه من الزنا فاذا قال ليس هذا الولد منى لا يملك ابطال حق الولد
فاذا عاد الى التصديق يصح قال هذا فيما اذا اقر اولا بانه ابنى ثم نفاه ثم
عاد الى الاقرار واما اذا نفى اولا ثم اقر فلا يستقيم هذا اذ لم يبطل بالنفى
حق الولد لعدم حقه لانه لم يقر بنسبه ح فالاولى ان يعلل بان التناقض
لا يمنع في مثله قال ولو قال هذا الولد منى ثم قال ليس بولدى لا يصح
النفى لان النسب اذا ثبت لا ينتفى بنفيه وهذا اذا صدقه الابن واما بغير
تصديقه فلا يثبت النسب لانه اقرار على الغير بانه جزئى لكن اذا لم يصدقه
الابن ثم صدقه يثبت النبوة لان اقرار الاب لم يبطل بعدم تصديق
الابن ولو انكر الاب اقراره فبرهن الابن انه اقر انى ابنه تقبل والاقرار
بانه ابنى مقبول لانه اقرار على نفسه بانه جزؤه اما الاقرار بانه اخوه
فلا يقبل لانه اقرار على الغير ولو ادعى ان ابى فلان وصدقه فلان
وليست نسبه ثم ادعى انى ابن فلان اخر لا يسمع لانه تضمن ابطال حق
المقر له الاول وكذا لو قال ان ابى فلان ولم يصدقه فلان ثم ادعى انى ابن
فلان اخر لم يصح اقراره الثاني اذ ثبت للاول حق التصديق فلو صححنا
اقراره الثاني يفضى الى ابطال حق التصديق للاخر وانه لم يجز وصار
كمن ادعى انه مولى فلان ولم يصدقه فلان ثم ادعى انه مولى فلان اخر

فانه لم يجز لما فيه من ابطال حق الغير هكذا ذكره بعلامة قاضي ظهير ثم ذكر
بعلامة العدة انه لو قال هو ابن فلان ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا
وان جحد المقر له ان النسب المقر به لا يحتمل النقض وهذا عند الح وقالا هو
ابن المقر لو جحد المقر له لان الاقرار بالنسب يحتمل النقض فيرتد برده انتهى
قال في البزازية نقلا عن الجامع لو قال هذا ابن عبدي او ابن فلان
الغائب ثم قال هو ابني لا يكون ابنه ابدا وقالا ان كذبه المقر له في النسب
ثم ادعاه المقر صح انتهى فظهر منه انه لا يكون ابن المقر فيما جحد المقر له على
اطلاقه كما هو الظاهر من لفظ العدة بل لا بد من دعوى المقر بعد انكار المقر له
لا انشاؤه اي لا اثبات المقر به للمقر له ابتداء بهذا اللفظ على ما هو شان
الانشاءات كما في البيع والهبة وهذا لانه اخبار عن امر كائن على ما تقدم
فيحتمل الكذب فيجوز تخلف مدلوله الوضعي عنه بخلاف الانشاء الشرعي
فانه يمتنع التخلف عنه لانه ايجاد امر وتمليكه بلفظ يقارنه في الوجود
وقد تقدم انهم اختلفوا في ان الاقرار اخبار او تمليك وانشاء للحال
واختار المص انه اخبار وعليه اكثر مشايخنا واستدلوا عليه بمسائل
منها ما ذكره المص بقوله فصح الاقرار بالخمر للمسلم حتى يؤمر بتسليمه اليه
ولو كان تمليكا ابتداء لما صح هذا ولا يصح اقراره بطلاق وعتاق مكرها في اقراره
ولو بوعيد الحبس والقيد ولو كان انشاء لصح اقراره بهما مكرها لان طلاق
المكره وعتاقه صحيح عندنا وكذا لا يصح اقراره بها هازلا او كاذبا على ما في
اكراه قاضيخان ولو كان تمليكا لصح ومنها انه لو اقر لآخر بعين في يد
رجل ولا يملكه المقر صح اقراره في حقه حتى لو ملكه المقر يوما من الدهر
يؤمر بتسليمه ولو كان تمليكا لما صح لانه تمليك بما لا يملكه بعد الى غير ذلك
من المسائل التي استدلوا بها على انه اخبار وعلى ما تقدم انفا واذا اقر حر
والحرية ليس بشرط في صحة الاقرار لان اقرار العبد صحيح ايضا ماذونا
او محجورا اما الماذون فلانه يلحق بالحر في حق اقرار ما يكون من باب التجارة
حتى ينفذ في الحال اقراره بالمال والحدود والقصاص وان لم ينفذ في

الحال اقراره بما ليس من باب التجارة كاقراره بمهر امراة تزوجها بغير اذن
مولاه وكاقراره بجناية موجبة للمال فانه انما ينفذ بعد عتقه واما
المحجور فلانه لو اقر بما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص ينفذ في الحال
وان لم ينفذ في الحال اقراره بما فيه تهمة كاقراره بالاموال فانه انما ينفذ
بعد العتق لزوال المانع نظيره ما مر آنفا ان الحر لو اقر لآخر بعين في يد
رجل ولا يملكه المقر صح وينفذ بعد زوال المانع وهذا وان كان ينزع
الى تخصيص العلة لكن الخلاص معروف في الاصول قلت فعلى ما ذكرناه
من صحة اقرار العبيد لا يكون ذكر الحرية قيدا احترازيا بل بيان للواقع و
حكم اقرار العبيد مسكوت عنه مكلف اي عاقل بالغ لان اقرار المجنون والمعتوه
والصبي لا يصح لانعدام اهلية الالزام الا اذا كان الصبي والمعتوه ماذونا
لهما لانهما بحكم الاذن ملحقان بالعاقل البالغ فيصح اقرارهما بكل ما يكون
طريقه التجارة كالديون والعواري والودائع والمضاربات والغصوب
بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجناية والكفالة لانها تبرع ابتداء
غير داخل تحت الاذن وكذا يصح اقرار الصبي العاقل بالرقية بان قال
انا عبد لفلان فانه يكون صغيرا حتى لو ادعى الحرية الاصلية بعد كبره
لا يقبل قوله بلا حجة على ما تقدم قبيل دعوى النسب والنائم والمغمى عليه
كالمجنون لعدم التمييز والسكران ان كان سكره بطريق محظور يصح اقراره
مطلقا لانه لا ينافي الخطاب الا اذا اقر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة
حقا لله تعالى وان كان سكره بطريق مباح كالشرب مكرها لا يصح اقراره
وكذا لشرب المتخذ عن الحبوب او العسل عندهما خلافا لمحمد على ما في
الكنز بلى بحق معلوم مقداره او مجهول كشيء او حق بان قال له علي حق او شيء
صح اقراره لان الحق قد يلزمه مجهولا بان تلف مالا او يجرح جراحة او يبقى
عليه بقية حساب لا يعرف قيمته ولا ارشها ولا قدرها وهو يحتاج اليه
لابراء ذمته بالايفاء او التراضي فيصح بالضرورة بخلاف الشهادة فانها
لا تجوز الا بالعلم مع انها لجنا وايضا عن ثبوت الحق للمدعي والحق قد يلزم له

مجهولا والشهادة عليه لا تصح مجهوله وهذا لان العلم بالمشهود به ثبت نصا
لقوله عم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع فلا يجوز انتفاؤه ولان
الشهادة لا توجب حقا الا بالقضاء ولا يمكن القضاء بالمجهول بخلاف
المقر والمقر له فان الاقرار لا يصح ما لم يكونا معلومين على ما سبق وهل يصح
اقراره بالكتابة او يلزمه التلفظ بالمشافهة وفيه تفصيل قال في اقرار
البزازية كتب كتابا فيه اقرار بين يدي الشهود فهذا على اقسام الاول ان يكتب
ولا يقول شيئا لا يكون اقرارا فلا تحل الشهادة بانه اقرار قال القاضي
النسفي ان كتب مصدرا مرسوما وعلم الشاهد حل له الشهادة على اقراره
كما لو اقر كذلك وان لم يقل اشهدا علي به فعلى هذا اذا كتب للغائب على وجه
الرسالة اما بعد فلك علي كذا يكون اقرارا لان الكتاب من الغائب كالخطاب
من الحاضر ويكون متكلما والعامة على خلافه لان الكتابة قد تكون للتجربة
وفي حق الاخرس يشترط ان يكون معنونا مصدرا وان لم يكن الى الغائب
الثاني كتب وقرا عند الشهود لهم ان يشهدوا به وان لم يقل اشهدوا علي
الثالث ان يقرا هذا عندهم غيره فيقول الكاتب اشهدوا علي به الرابع ان يكتب
عندهم ويقول اشهدوا علي بما فيه ان علموا ما فيه كان اقرارا والا فلا وذكر
القاضي ادعى عليه مالا واخرج خطا وقال انه خط المدعى عليه بهذا المال
فانكر ان يكون خطه فاستكتب وكان بين الخطين مشابهة ظاهرة دالة
على انهما خط كاتب واحد لا يحكم عليه بالمال في الصحيح لانه لا يزيد على ان
يقول هذا خطي وانا حررته لكن ليس علي هذا المال وثمة لا يجب كذا هنا
الا في ياد كار الباعة والصراف والسمسار انتهى وفي احكام الكتابة
من الاشباه انه يعمل بدفتر البياع والصراف والسمسار فالخط فيه
حجة ويلزمه اي المقر بيان المجهول لانه يحمل فاليه البيان للخروج عن العهدة
حتى لو لم يبين اجبره الحاكم على البيان صيانة لحق المقر له وان مات قبل
البيان يجبر ورثته على البيان علما في البزازية حيث قال في دعوى
النسب والارث لو قال لاحد هذين ابني صح اقراره ويجبر على البيان وبعده

يجبر ورثته على البيان ولا يثبت النسب باقراره حتى يجمعوا على احدهما انتهى واعلم
انه متى اقر بمجهول واطلق ولم يبين السبب يصح اقراره ويلزم بيانه ويحمل على
انه وجب عليه بسبب يصح مع الجهالة كالغصب والوديعة لان الجهالة
لا تمنع تحققها وثبوت حكمها لان الانسان قد يغصب مالا مجهولا ويودع
مالا مجهولا في كيس وان لم يطلق بل بين السبب ينظر فان بين سببا
لا يضره الجهالة كالغصب والوديعة يصح اقراره ايضا ويلزم بيانه وان
بين سببا تضره الجهالة كالبيع والاجارة لا يصح اقراره ولا يلزم بيانه
حتى لو اقر انه باع من فلان شيئا او اجر من فلان شيئا او اشترى
من فلان شيئا لا يصح اقراره ولا يجبر على البيان ثم لزوم البيان على المقر
فيما امكن والا فليطلب البيان من علم اخر مثلا لو قال لزيد على الف ونصف
ما لعمرو ولعمرو الف الا نصف ما لزيد فمات قبل البيان ولم يكن له وارث
معروف يبينه فالجواب انا فرضنا ما اقر لزيد شيئا فيكون لعمرو الف الا نصف
شيء فلزيد الف وخمسمائة الا ربع شيء يعدل الشيء الذي فرضناه لزيد
وجبرناه بان اسقطنا الاستثناء من طرف ذي الاستثناء وادرجنا
المستثنى اعني ربع شيء في المستثنى منه ووزنا مثله في الطرف الاخر
فصار الفا وخمسمائة يعدل شيئا وربع شيء ثم قسمنا بسط الف وخمسمائة
اعني ستة الاف على بسط شيء وربع شيء اعني خمسة يخرج الف ومائتان وهو
المقر به لزيد فيكون لعمرو اربعمائة لانه اقر له الف الا نصف ما لزيد فاذا
استثنى من الالف نصف ما لزيد اعني ستمائة بقي اربعمائة بما له قيمة لانه
اخبر عما وجب في ذمته وما لا قيمة له كحبة حنطة وقطرة ماء وكالخمر
لا يجب في الذمة فاذا بين بما لا قيمة له يكون رجوعا عن اقراره وذلك
باطل فيلزمه البيان بما له قيمة ولو بين بالصبي او الزوجة او بجلد الميتة
لا يصح وقيل يصح والاول اصح علما في الزيلعي وعليه الاكثر علما في
البزازية وقال فيها ايضا لو قال غصبت منه شيئا صح ويجبر على بيان ما يجري
فيه التمانع والتقوم سواء كان مما يضمن بالغصب او لا كالعقار ولو بين

بجبة حنطة او حمل لا يصح وكذا لا يصح بيانه بولده او زوجته لعدم جريان
التمانع فيه ولا التقوم فيه والقول قوله اي قول المقر مع يمينه ان ادعى المقر له
اكثر منه اي مما اقر به المقر يعني اذا بين بما له قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا
كان او موزونا او عدديا نحو كر حنطة او فلس او جوزة فاما ان يساعده
المقر له او لا فان ساعده اخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له
يدعي اكثر منه وهو منكر والقول قول المنكر مع يمينه ولو برهن المقر له على الاكثر
قبل بينته لانه مدع فيقدم بينته وفي قوله لفلان علي مال لا يصدق
في اقل من درهم والقياس قبوله لانه مال ايضا الا انه ترك القياس بالاستحسان
لان ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة والعرف قاض على
الحقيقة وفي قوله لفلان علي مال عظيم لا يصدق في اقل من نصاب
مما اي من مال بين به اي بذلك المال فضة بان قال مال عظيم من فضة او غيرها
كالذهب فلا يصدق في الفضة في اقل من مائتي درهم وفي الذهب
في اقل من عشرين مثقالا ولا يصدق فيما بين به من الابل في اقل من
خمسة وعشرين لانها هو النصاب المقدر في وجوب الابل على المزكى
لان الواجب فيما دونه هو الشاة ومن البر خمسة اوسق لانها هو النصاب
عندهما وذلك لانه لما وصف المال بالعظم فلا يجوز الغاؤه لانه صدر عن
عقل كامل فلا بد من ان يبين بما يعد عظيما عند الناس والنصاب عظيم عند
الناس لانه يعد صاحبه غنيا عند الناس فلا بد من البيان من جنس
ما يجب الزكوة فيه هذا اذا بين المال العظيم بالمال الزكوي واما اذا بينه بغير
المال الزكوي فاشار اليه بقوله ومن غير مال الزكوة قيمة النصاب اي لا بد
من ان يبينه بقيمة النصاب ثم هذا قولهما وهو رواية عن الامام وروي عنه
ايضا انه لا يصدق في اقل من نصاب السرقة لانه عظيم واضعاف ذلك
عند الغني ليست بعظيمة وفي قوله له علي اموال عظام لا يصدق في اقل
من ثلثة نصب اي من اي نوع سماه من الزكوي وغيره اعتبارا لادنى الجمع و
لو قال علي مال نفيس او كريم او خطير او جليل قال الناطفي لم اجده منصوصا عليه

وكان

وكان الجرجاني يقول يلزمه مائتان وفي قوله لفلان علي دراهم لا يصدق
في اقل من ثلثة دراهم لما ذكرناه ودراهم كثيرة وكذا دنانير كثيرة عشرة
دراهم او دنانير هذا عند الامام وعندهما لا يصدق في اقل من نصاب
اي مائتا درهم او عشرون مثقالا لان في النصاب كثرة حتى يعد صاحبه
غنيا مكثرا فيعمل به بخلاف ما دونه وللامام ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم
الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون العشرة هو الاكثر من
حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف اليه من غالب نقد البلد فان لم يوجد
فمن وزن سبعة فقط ولو قال ثياب كثيرة يلزمه عشرة عنده وما يبلغ
قيمته مائتي درهم عندهما وفي قوله لفلان علي كذا درهما لا يصدق في اقل
من درهم لانه المتيقن وفي قوله علي كذا كذا درهما بلا واو لا يصدق في
اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين وليس بينهما حرف عطف فيحمل
على نظيرهما من الاعداد المفسرة واقل عددين يذكران بلا حرف عطف بينهما احد
عشر فيحمل عليه لتيقنه وان ثلث لفظة كذا بلا حرف عطف فكذلك اي لا يصدق
في اقل من احد عشر لما ذكرناه ولا يزاد عليه لعدم النظير فيبطل الزيادة
وفي قوله كذا وكذا بالواو يجب احد وعشرون ولا يصدق فيما دونه
لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف عطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون
فيحمل عليه وان ثلث بالواو زيد على احد وعشرين مائة حملا له على نظيره من
المفسر وان ربع بالواو زيد على مائة واحد وعشرين الف حملا له على نظيره
من المفسر ايضا لان اقل اعداد ثلثة يذكر في عطف مائة واحد وعشرون
واقل اعداد اربعة تذكر بثلثة حروف عطف الف ومائة واحد وعشرون
ولو خمس بالواو ينبغي ان يزاد عشرة الاف ولو سدس يزداد مائة الف ولو سبع
يزداد الف الف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت به
العادة الى ما لا انتهاء هي ولو قال كذا كذا درهما ودينارا فعليه احد عشر منهما
لانه ذكر عددا مبهما واشرك فيه جنسين من المال فلزمه النصف من كل واحد
منهما حملا له على المفسر فانه اذا قال علي احد عشر درهما ودينارا تلزمه من كل واحد منهما

النصف وكذا مكيل وموزون حتى لو قال له على حنطة كثيرة فعندهما لا يصدق
في اقل من خمسة اوسق لانه هو النصاب عندهما ولو قال له على زعفران
كثير لا يصدق في اقل من خمسة امناء عندهما لانه هو النصاب فيه وكذا
الاقرار بالغصب في جميع ما ذكر حتى لو قال غصبت من فلان ابلا كثيرا او غنما
كثيرا او حنطة كثيرة او بقرا كثيرا ينصرف الى اقل نصاب يؤخذ منه ما هو
من جنسه عندهما وهو خمسة وعشرون من الابل واربعون من
الغنم وثلاثون من البقر وخمسة اوسق من الحنطة عندهما وعند الجح
يرجع الى بيان المقر كذا في الزيلعي وهذا كله اذا ذكر الدرهم منصوبا
وان ذكره مجرورا بان قال كذا درهم بالجر فعن محمد انه على مائة درهم لان
اقل عدد يذكر الدرهم عقيبه بالجر مائة ولو قال على غير الف فعن محمد انه
الفان ولو قال غير الالفين انه اربعة الاف ولو قال له على دريهم بالتصغير
فعليه درهم تام لان التصغير قد يذكر على طريق الاستقلال فلا ينقص
عن الوزن والمعتبر هو الوزن المعتاد وتشرك في عبد اي اذا قال
له شرك في هذا العبد فهو نصف عند ابي يوسف لان الشرك يطلق
ويراد به الشركة لغة ولو قال له شركة في هذا العبد كان اقرارا بالنصف
فكذا هذا وعند محمد يؤمر بالبيان لان الشرك قد يراد به النصيب وقد
يراد به الشركة فكان مجملا فالبيان الى المجمل وقوله له على او قبلي اقرار بدين
لان على للايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان كذا في الكفاية فان وصل به
اي بهذا القول فهو وديعة اي قال له بلا تراخ صدق لان اللفظ يحتمله
مجازا لان المودع يجب الحفظ والمال محله فقد ذكر المحل واراد الحال
مجازا فيصح موصولا وان فصل لا يصدق لانه تقرر حكم اللفظ بالسكوت
والحقيقة هو الاصل فلا تتغير بعده كسائر المغيرات من الاستثناء والشرط
وعندي او معي او في بيتي او صندوقي او كيسي اقرار بامانة
لان هذه المواضع محال للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين
يحتمل ان يكون مضمونة وامانة والامانة ادناها فيحمل عليها للتيقن بخلاف ما

اذا

اذا قال له قبلي مائة دراهم دين وديعة او وديعة دين حيث يحمل على الدين
لا على الامانة لانه ذكر لفظين احدهما يوجب الدين والاخر يوجب الوديعة
والجمع بينهما غير ممكن ولا يجوز اهمالهما وحمل الدين على الوديعة حملا الاعلى
على الادنى فلا يجوز فتعين العكس قال في قاضيخان رجل قال في صحته
جميع ما هو داخل في منزلي لامراتي هذه ثم مات صح اقراره قضاء فان
علمت المراة بسبب من اسباب الملك من بيع او هبة كان لها ذلك والا
فبنفس الاقرار لا تملك ولو قال جميع ما يعرف مني او جميع ما ينسب الي فهو لفلان
قال ابو بكر الاسكاف هذا اقرار وكذا لو قال جميع ما في بيتي لفلان فهو اقرار
ولو اقر لابنته في صحته بجميع ما في منزله من الفرش والاواني وغير
ذلك مما يقع عليه الملك من صنوف الاموال كلها وله في الرستاق دواب
وغلمان وهو ساكن في البلد قال الاسكاف اقراره يقع على ما وقع في منزله
الذي هو ساكن في البلد وعلى ما كان من الدواب يبعثها الى الناقورة بالنهار
ويرجع الى موطنه الذي اقر ما بها لابنته وكذلك عبيده الذين يخرجون
في حوائجها ويأوون الى منزله ليلا فهم داخلون في الاقرار انتهى
وهكذا في الخلاصة ولو قال لمن ادعى عليه الفا اتزنها او من الوزن
او انتقدها او من النقد او اجلني او من التاجيل بها اي بالالف وقد قضيتكها
بصيغة التكلم او ابرأتني منها او وهبتها لي او تصدقت بها علي او احلتك بها
من الاحالة بصيغة التكلم والضمائر كلها راجعة الى الالف فقد اقر وبلا ضمير لا
لان الضمير كناية عن المذكور في الدعوى في جميع ذلك فصار كانه
اعاد المدعى وهو وجوب الف عليه فيكون اقرارا بها بخلاف ما اذا لم يكن فيه
الالف لانه لا دليل على انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبتدأ فلا يلزمه شيء
وذلك لان اللفظ الذي ورد بعد السؤال اما ان يصلح جوابا له فقط
او يصلح الابتداء به فقط او يصلح لهما فعلى الاول يحمل على الجواب وعلى الاخيرين
يحمل على الابتداء فبذكر الضمير لا يصلح جوابا فيحمل عليه وبعدم ذكره لا يصلح
جوابا فاما ان يصلح الابتداء فقط او كلاهما معا وعلى التقديرين يحمل على الابتداء

فلا يلزمه شيء فكأنه قال صرفنا للناس ونقادا لهم وأنزلك الدعاوى الباطلة
ولو أقر بدين مؤجل وقال المقر له هو حال لزمه حالا لأنه أقر بحق على نفسه
وادعى حقا على المقر له فإقراره على نفسه حجة ولا يقبل دعواه على الغير
بلا حجة كما إذا أقر بعبد في يده لغيره وادعى الإجارة منه فإنه يقبل
إقراره له ولا يسمع دعواه بلا حجة بخلاف ما إذا أقر بدراهم سود فإنه يصدق
لأن السواد صفة في الدراهم فيلزم على الصفة التي أقر بها بخلاف الأجل
فإنه عارض لا يثبت بنفس العقد بل بالشرط فالقول فيه للمنكر مع يمينه
ولذا قال ويحلف المقر له على الأجل لكونه منكرا ولو قال له علي مائة ودرهم فالكل
دراهم فيلزمه مائة درهم وكذا كل ما يكال ويوزن فلو قال علي مائة وقفيز
حنطة أو مائة ومن زعفران فالكل حنطة وزعفران فيلزمه مائة قفيز
وقفيز ومائة من ومن ولو قال مائة ودينار فالكل دينار ولو قال مائة وثوب
أو مائة وثوبان لزمه تفسير المائة وكذا لو قال مائة وشاة لزمه شاة
واحدة ويرجع في تفسير المائة إليه ولا تفسير لها هنا لأن الدرهم وغيره
من المقدرات المذكورة معطوف عليها بالواو فلا يكون تفسيرا لأن العطف
يقتضي المغايرة فبقيت المائة على إبهامها فيرجع في تفسيرها إلى المجمل
كما في الفصل الثاني ووجه الاستحسان أنهم يستثقلون تكرار الدرهم
ويكتفون بذكره مرة عقيب عددين عطف أحدهما على الآخر ويقولون
أحد وعشرون درهما ولا يذكرون لكل من المعطوف والمعطوف عليه تمييزا
للاستثقال والاستثقال إنما يكون فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال
عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم
والدنانير والمكيلات والموزونات والعددي المتقارب لثبوتها في الذمة
في جميع المعاملات حالا أو مؤجلة ويجوز الاستقراض بها بخلاف غيرها
فإن الثوب لا يثبت دينا في الذمة إلا بطريق السلم والشاة لا يثبت دينا
في الذمة أصلا فلم يكثر كثرتها فبقي على الأصل وهو أن يكون بيان
المجمل إلى المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة ولا ضرورة

هنا

هنا وإن قال مائة وثلثة أثواب فالكل ثياب بالاتفاق لأنه ذكر عددين مبهمين
وأعقبهما تفسيرا إذ الأثواب لم يذكر بحرف العطف فانصرف إلى المذكورين
جميعا لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير وذكر في النهاية عن أبي يوسف
في قوله مائة وثوب أن الكل ثياب وفي قوله مائة وشاة أن الكل
شاة كما في قوله مائة وثلثة أثواب ووجهه أن الثياب والغنم يقسم
قسمة واحدة بخلاف العبيد فإنهم لا يقسمون قسمة واحدة وما يقسم قسمة
واحدة يتحقق في أعداده المتجانسة فيمكن أن يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم
وهو ضعيف لأنهم قالوا إن العبيد يقسمون كالغنم عندهما ولا يقسمون
عند أبي حنيفة ولو قال المقر له علي نصف دينار ودرهم وثوب فعليه نصف
كل واحد منها كذا في الزيلعي ولو أقر بتمر في قوصرة بأن قال غصبت
تمرا في قوصرة عليها فسره لأن في الأصل القوصرة بتشديد الراء
وتخفيفها وعاء التمر يتخذ من قصب لزماه لأن غصب المظروف بدون الظرف
لا يتصور بخلاف ما إذا قال غصبت تمرا من قوصرة لأن كلمة من للانتزاع فيكون
إقرارا بغصب المنزوع أو أقر بخاتم لزمه الحلقة والفص لأن اسم الخاتم يشملهما
أو سيف فالنصل أي الحديدة والجفن بالجيم ثم الفاء هو الغمد والحمائل
جمع حمالة بكسر الحاء علاقة السيف لأن الاسم أيضا ينطلق على الكل أو بحجلة
بفتح الحاء والجيم ستر العروس في جوف البيت على ما في المغرب وفي
الصحاح بيت يزين بالثياب والأسترة وبناسبه قوله فالكسوة والعيدان
جمع عود كالديدان جمع دود والأصل فيه ما ذكرناه أيضا وإن أقر
بدابة في اصطبل لزمه الدابة فقط وكذا إذا قال غصبت منه طعاما في
بيت لزمه الطعام فقط عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن الدابة والطعام
يدخلان في ضمانه بالغصب والاصطبل والبيت لا يدخلان عندهما
لأن العقار لا ينقل والغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل
وقال محمد يدخلان في ضمانه أيضا لأنه يرى غصب العقار وبثوب في
منديل لزماه وكذا بثوب في ثوب وكذا لو أقر طعاما في سفينة أو حنطة

في جوالق لزماه لما ذكرناه ان المظروف لا ينقل بدون الظرف بخلافه من
سفينة او من جوالق لما ذكرناه وان اقر بثوب في عشرة اثواب لزمه
ثوب واحد عند ابي يوسف واحد عشر عند محمد لان النفيس من الثياب قد
يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف ان كلمة في
تستعمل في البين والوسط ايضا فوقع الشك في كونها للظرف او للبين
والمال لا يثبت بالشك والاصل براءة الذمة على ان كل ثوب موعى وليس
بوعاء فلا يتحقق ان يكون ظرفا الا الثوب الذي هو ظاهر فتعذر حمله على
الظرف فتعين الحمل على البين فلغا اخر كلامه فتعين اوله وهو الثوب
ولو قال على خمسة في خمسة لزمه خمسة لان الحقيقة وهي الظرفية
متعذرة لعدم جريانه في نحو على درهم اذ لا يصلح الدرهم الظرفية ولا يصار
الى المجاز ايضا لتعذره لانها قد تجيء بمعنى الواو وبمعنى مع لعلاقة الجمعية
وبمعنى على ايضا نحو ولاصلبنكم في جذوع النخل فاذا تعذرت الحقيقة
ولا يصار الى المجاز صار لغوا فلزم ما ذكر اولا وهو الخمسة كما في على درهم
في درهم لان الثاني لغو فيه ايضا وان وصلية نوى الضرب لتكثير الاجزاء
لا لازالة الكسر لا للزيادة لاحتمال فلا اثر له في البنية في الزيادة وعن
الحسن انه يلزمه خمسة وعشرون وقد مر مثله في الطلاق وبنيته مع يلزم
عشرة لان اللفظ يحتمله ولو مجازا على ما ذكرناه فاذا نوى محتمل كلامه صحت
نيته لاسيما اذا كان تشديدا على نفسه وفي قوله على من درهم الى
عشرة او ما بين درهم الى عشرة يلزمه تسعة وعندهما يلزم عشرة وقال
زفر يلزمه ثمانية وهو القياس لانه جعل الطرفين حدا والحد لا يدخل تحت
المحدود كما اذا قال لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط او ما بين هذين
الحائطين ولهما ان الحدين لا بد ان يكونا موجودين في المحدود اذ المعدوم
لا يكون غاية للموجود فيدخلان في المحدود ولابي ح ان الحد غير المحدود
فلا يدخل الغاية تحت المغيا الا ان الغاية الاولى لما توقف عليها تحقق الثاني
والثالث اعتبر وجودها فلزمه تسعة وان قال له من دار الى ما بين هذا

الجدار

الجدار الى هذا الجدار فله ما بينها فقط بالاتفاق لخروج الغايتين هنا بالاتفاق
لان ما بينها محسوس موجود فلا حاجة الى اعتبار دخول الطرفين
وصح الاقرار بالحمل اي حمل شاته او جاريته بلا اشتراط بيان السبب الصالح
له كما اشترط في الاقرار للحمل كما سيجيء به وحمل اي الاقرار بالحمل على الوصية
من غيره بان اوصى رجل بحمل جاريته لرجل ومات الموصي والمقر وارثه فورث
الجارية عالما بوصية مورثه فاقر بان هذا الحمل لفلان اي للموصى له صح بالاجماع
واذا صح ذلك وجب حمل الاقرار عليه لان الحمل وحده لا يملك الا بالوصية
فتعينت سببا وصح الاقرار للحمل ايضا بان قال لحمل فلانة على الف درهم مثلا
وهذه المسئلة على ثلث صور لانه اما ان يبين سببا صالحا او سببا غير صالح
او لم يبين سببا اصلا فاشار الى الاول بقوله ان بين سببا صالحا كارث
او وصية بان قال مات ابوه فورثته او اوصى له فلان لان كلا من الارث
والوصية سبب لو عايناه حكمنا به فكذلك باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح
فلا بد من وجود المقر له عند الاقرار فان ولدت الحمل المقر له بسبب صالح
حيا لاقل من نصف حول مذ اقر فله ما اقر به لان اقراره لما كان صحيحا والمقر له
موجودا وقت اقراره لزمه ما اقر به بالضرورة وكذا لزمه ما اقر به لو ولدت
لاكثر من نصف حول الى سنتين وهي معتدة لتيقن وجود المقر له وقت الاقرار
في هذين الصورتين بخلاف ما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر وهي
غير معتدة فانه لم يلزمه ذلك لعدم تيقن وجود المقر له وقت الاقرار كذا
في العناية وان ولدت حيين فلهما نصفان ان كانا ذكرين او انثيين
وان كان احدهما ذكرا والاخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكر
مثل حظ الانثيين وان ولدت ميتا فللموصي والمورث تقسيم المال بين ورثة
المورث والموصي لان هذا الاقرار في الحقيقة كان لهما وانما ينتقل الى الجنين
بعد الولادة ولم ينتقل واشار الى بيان الثاني بقوله وان فسر السبب ببيع
او اقراض بان قال باعه الحمل او اقرضه واشار الى الثالث بقوله او ابهم
الاقرار لغا اي في الثاني والثالث اما في الثاني فلانه بين سببا غير صالح

لان البيع والاقراض لا يتصور ان من الحل اصلا فكان كذبا محضا فلا يجوز بالاجماع
واعترض عليه بمسئلة ذكرها في كتاب الحيل من التاتارخانية
لو اقر ان لهذا الصغير على الف درهم قرض اقرضته او من ثمن مبيع بايعته صح
الاقرار مع ان الصبي ليس من اهل البيع والقرض لكن انما يصح باعتبار ان هذا
القرض والبيع محل لثبوت الدين للصغير عليه بالجملة انتهى وهكذا ذكر في
اقرار الاشباه ايضا وذكر من قبيل هذا ايضا ان الاقرار بشئ محال حسا
او شرعا باطل كما لو اقر بارش يده التي قطعها ويداه صحيحتان وكما لو اقر
لوارث قدر من السهام ازيد من الفريضة الشرعية لانه محال شرعا قال ولكن
لا بد من كونه محالا من كل وجه والا فينتقض بمسئلة التاتارخانية التي
ذكرناه لان الاقرار بها صحيح لعدم كونه محالا من كل وجه واما في الثالث
ففيه خلاف بين ابي يوسف ومحمد فقال ابو يوسف انه لغو لان لجوازه
طريقين الارث والوصية وليس احدهما اولى من الاخر فيلغو وقال محمد انه
يصح لان الاقرار حجة موجبة فيجب اعماله ما امكن وقد امكن حمله على السبب
الصالح لانه يمكن انه ورثه او اوصى له به فلا يصار الى الالغاء كما في العبد
المأذون له اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بان كان صداقا
او دين كفالة والصحة بان كان دين التجارة كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل
وان اقر بشرط الخيار بان قال لفلان على الف درهم قرض او غصب او وديعة
او عارية قائمة او مستهلكة على انى بالخيار ثلثة ايام لزمه المال لان الاقرار
حجة ملزمة وقد وجد وبطل الشرط لان الخيار للفسخ والاقرار اخبار
لا تمليك على ما تقدم بيانه والاخبار لا يحتمل الفسخ لان الخبر ان كان
صادقا فهو واجب العمل به فلا معتبر باختياره وعدم اختياره وان كان
كاذبا فهو واجب الرد لم يتغير باختياره وعدم اختياره فتعين الالغاء وانما
تأثيره في العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير به بين فسخه وامضائه

باب الاستثناء وما في معناه

لما ذكر موجب الاقرار
بلا مغير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في معناه

وهو

وهو الشرط صح استثناء بعض ما اقر به قليلا كان البعض المستثنى او اكثر صحيحا
او كسرا حتى لو قال على لزيد عشرة الا نصف ما لعمرو ولعمرو عشرة الا ثلث
ما لزيد صح فلزيد تسعة ولعمرو ثمانية لانا فرضنا ما لزيد شيئا فلعمرو عشرة
الا ثلث شئ فلزيد خمسة الا سدس شئ يعدل شيئا فبعد اسقاط
المشترك وهو سدس شئ من الطرفين يبقى خمسة يعدل خمسة اسداس
شئ فاقسم لبسط الاول وهو ثلاثون الحاصل من ضرب الخمسة في مخرج
الكسر اعني الستة على بسط الثاني وهو خمسة وهو صورة الكسر يخرج
ستة فهي لزيد وفي معرفة ما لعمرو فافرض ما له شيئا فلزيد عشرة
الا نصف شئ فلعمرو ستة وثلثان الا سدس شئ يعدل شيئا فبعد
اسقاط المشترك لستة وثلثا يعدل خمسة اسداس شئ فاقسم حاصل
المقسوم وهو اربعون على حاصل المقسوم عليه وهو خمسة يخرج ثمانية
لو كان الاستثناء متصلا باقراره لانه بيان تغيير فلا يجوز تأخيره عن
وقته وهو قول العامة وقال ابن عباس يجوز التأخير عنه ولزمه باقيه
لان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا حتى لو قال له على عشرة الا درهما
لزمه التسعة اما لان العشرة مجاز عن التسعة والا درهما قرينة له واما
لان المراد بعشرة عشرة افراد فيتناول التسعة والدرهم معا ثم اخرج منها
درهم فبقيت تسعة ثم اسند الحكم الى العشرة المخرجة عنها درهم فلم يقع
الاسناد الا على التسعة واما لان مجموع عشرة الا درهما موضوع بازاء
تسعة حتى كانه وضع لها اسمان احدهما تسعة والاخر عشرة الا درهم على
ما بين في الاصول وبطل استثناء الكل اتفاقا لما مر ان الاستثناء
تكلم بالباقي بعد الثنيا ولا باقي في استثناء الكل فيكون رجوعا
والرجوع عن الاقرار باطل موصولا او مفصولا فلزمه جميع ما اقر به
وبطل استثناؤه وقال اصحابنا هذا اذا كان الاستثناء بعين لفظه الاول
او بمساويه نحو عبيدي احرار الا عبيدي او الا مماليكي واما لو استثنى بلفظ
يكون اخص من الاول في المفهوم يجوز ولو كان مساويا له في الوجود

نحو عبيدى احرار الا هؤلاء ولا عبيد له سوى المعدود ونحو نسائى طوالق
الا هؤلاء زينب طلحة وسعاد ولا نساء له غيرهن لان كونه استثناء كل
لصورة عدم ملكه سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ
امكن ان يجعل المستثنى بعض ما يتناوله الصدر والامتناع من خارج فلا يضره
بخلاف ما اذا كان بعين لفظ الاول فانه لم يمكن جعله تكلما بالباقى بعد
الثنيا بالنظر الى اللفظ ايضا فان قيل هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى
واهمال المعنى بالكلية قلنا ان الاستثناء تصرف لفظى يرجح على جانب المعنى
الا يرى انه اذا قال انت طالق ست تطليقات الا اربعا صح الاستثناء
ووقع طلقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق
لا يزيد على الثلاث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلاثا الا اربعا
اعتبارا بجانب اللفظ وان اقر بشيئين بان قال له على كر حنطة وكر
شعير واستثنى احدهما بان قال الا كر حنطة او الا كر شعير او استثنى احدهما
وبعض الاخر بان قال الا كر حنطة وقفيز شعير بطل استثناؤه عند ابى ح
خلافا لهما اى فى استثناء احدهما وبعض الاخر لان قوله له على كر حنطة
وكر شعير الا كر حنطة وقفيز شعير كلام متصل لان قوله الا كر حنطة
استثناء صحيح لفظا الا انه غير مفيد فاذا كان كلاما متصلا كان استثناء
القفيز متصلا لما قبله فيصح ويفيد ولابى ح ان استثناء الكل باطل بالاجماع
فكان قوله الا كر حنطة لغوا فكان قاطعا لما قبله فيكون الاستثناء منقطعا
وان استثنى بعض احدهما بان قال الا قفيز حنطة او بعض كل منهما بان قال
الا قفيز حنطة وقفيز شعير صح اتفاقا لان قوله الا قفيز حنطة استثناء
صحيح مفيد فلا يكون قاطعا فيصح العطف عليه فيلزمه كر حنطة وكر شعير
الا قفيز حنطة وقفيز شعير ولو استثنى كيليا او وزنيا او عدديا متقاربا
من دراهم صح بالقيمة يعنى لو قال له على مائة درهم الا قفيز حنطة او الا دينارا
او الا فلوسا لزمه مائة الا قيمة القفيز والدينار والفلوس عند ابى ح وابى
يوسف والشافعى خلافا لمحمد وزفر معه ولو استثنى منها اى من دراهم شاتا

اوثوبا او دارا بطل اتفاقا بين اصحابنا وقال الشافعى يصح فى الفصلين اى
فى المثلى والقيمى لان شرط الاستثناء عنده اتحاد الجنس على الاصح وهو
موجود فى الفصلين من حيث المالية فانتفى المانع مع وجود المقتضى
وهو التصرف اللفظى فيصح ولمحمد ان الاستثناء لاخراج بعض ما تناوله
صدر الكلام على معنى انه لولاه لدخل المستثنى تحت اللفظ وذلك لا يتصور
فى خلاف الجنس لعدم دخوله تحت اللفظ ولا جنسية بين القيمى
والمثلى فبطل استثناء احدهما عن الاخر والمالية غير معتبرة فى الجنسية
وقال ابو ح وابو يوسف ان القياس ما قاله محمد فى الفصل الاول
ايضا لعدم الجنسية بين الدراهم وبين الكيلى والوزنى والعددى الا انا
استحسنا فيها لانها جنس واحد من حيث المعنى من انها تثبت حالا او مؤجلا
فى الذمة ويجوز استقراضها وان اختلفت صورها والحاصل ان
المكيلات والموزونات والعدديات تجانس الدرهم فى اخص اوصافها
اعنى الثمنية فيكون جنسا واحدا فيصح استثناؤها منه باعتبار المعنى
بخلاف القيمى اذ لا جنسية بينه وبين المثلى اصلا والمالية غير معتبرة فى
الجنسية بل المعتبر فيها اخص الاوصاف والمالية ليست كذلك ومن وصل
باقراره ان شاء الله بطل اقراره وكذا ان علقه بمشية من لا يعرف
مشيته كالملائكة والجن لان الاستثناء بمشية من لا يعرف مشيته اما
ابطال او تعليق على ما عرف فى تعليق الطلاق وعلى التقديرين لم يلزمه
الاقرار لانه على الاول قد ابطل الاقرار واما على الثانى فلان الاقرار اخبار
عما سبق فلا يحتمل التعليق بالشرط لانه انما يكون بالنسبة الى المستقبل
ولانه شرط لا توقف عليه والتعليق به غير صحيح على ما تقدم فى تعليق
الطلاق بخلاف نحو ما اذا قال لفلان على مائة درهم اذا مت واذا جاء
راس الشهر او الاضحى او افطر الناس فانه يلزمه المائة مات او عاش
جاء راس الشهر او لا افطر الناس او لا لانه ليس بتعليق بل بيان المدة فيكون
ذلك منه دعوى الاجل الى الوقت المذكور حتى لو كذبه المقر له فى الاجل

كان المال حالا عندنا كذا في العناية قلت وكذا يكون المال حالا لو سكت
المقر له ولم يكذبه وذكر الشارح الزيلعي هنا تفصيلا ذكرناه وما يرد عليه
قبيل كتاب الصرف فارجع اليه ولو اقر بدار واستثنى منها بناءها كانا
للمقر له لان البناء لم يتناوله الدار مقصودا حتى لو استحق البناء قبل القبض
لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يخير المشتري واذا لم يتناوله مقصودا
لم يصح الاستثناء لان الاستثناء لبيان ان المستثنى من متناول لفظ
المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحت حكمه بخلاف ما اذا قال هذه الدار
لفلان الا ثلثها او الا بيتا منها فانه كما قال لان ذلك داخل فيه لفظا
ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار يسقط حصته من الثمن
ولو قال بناؤها لي والعرصة له كان كما قال لان العرصة عبارة عن بقعة
لا بناء فيها فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان والبناء لا يتبعه
بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان
الاقرار بالارض لاصالتها اقرار بالبناء كالاقرار بالدار وكذا لو قال هذه الدار
له وهذا البيت منها لي كانا للمقر له لانه اقر بكلها ثم ادعى شيئا منها فلا يصدق
الا بحجة وفص الخاتم ونخل البستان كبنائها في كونها داخلة تبعا لا لفظا
ومقصودا فيلزمه الفص والنخل باقرار الخاتم والبستان وجنس هذه
المسائل يخرج على اصلين احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس
والثاني ان الاقرار ليس بحجة على الغير فاذا اقر بشيئين يتبع احدهما الاخر
فان اقر لشخص واحد فظاهر وان اقر لشخصين فان قدم التابع نحو بناء
هذه الارض لفلان والارض لفلان فكما قال لان الاقرار الاول يستتبع التابع
فالاقرار بالتابع بعده اقرار على الغير وان اقر باحدهما فان كان المتبوع نحو
الارض لفلان والبناء لي كانا للمقر له بالاستتباع وان كان التابع كقوله
الارض لي والبناء لفلان كان كما قال لان في الاول دعوى بعد الاقرار
فلا يصح وفي الثاني عكسه فيصح وان قال له علي الف من ثمن عبد اشتريته
منه ولم اقبضه فان عينه اي عين المقر العبد قيل للمقر له بالالف سلم العبد

الذي عينه المقر وتسلم اي خذ الالف الذي اقر به لك ان شئت هذا ان
صدقه المقر له في تعيينه لان الثابت بالتصادق كالثابت معاينة
فيؤمر بالتسليم والتسلم واما اذا لم يصدقه المقر له في تعيينه وقال
العبد عبدك وانما بعتك غيره وسلمته اليك فيلزم على المقر ما اقره
لان اقراره عند سلامة العبد له وقد سلم له ولا يبالي باختلاف السبب
بعد حصول المقصود فيلزمه الالف سواء كان العبد في يده او في
يد المقر له ولو قال المقر له العبد عبدي ما بعتكه فلا يلزم على المقر شيء
لانه ما اقر الا عوضا عن العبد ولم يسلم له فلا يلزمه شيء سواء كان ذلك
العبد في يد المقر او في يد المقر له ولو قال ما بعتكه انما بعتك غيره
يتحالفان لان المقر يدعي تسليم ما عينه والاخر ينكره والمقر له يدعي
عليه الالف ببيع غيره والاخر ينكره واذا تحالفا بطل المال من المقر
والعبد سالم لمن هو في يده وان لم يعينه اي المقر لزمه اي المقر
الالف الذي اقر به ولغا قوله لم اقبضه عند الح لانه رجوع عن
اقراره الموجب لوجوب المال عليه فلا يصح ولو موصولا وانما كان
هذا رجوعا لان انكار القبض في غير المعين يقتضي جهالة المبيع
وجهالته مطلقا يقتضي سقوط وجوب الثمن فاول كلامه يوجب وجوب
الثمن واخره يوجب سقوطه وذلك رجوع وقالا المقر له ان صدق
المقر في الجهة فالقول للمقر في عدم القبض وان كذبه فيها فالمقر
ان وصل قوله لم اقبضه فالقول له وان فصل لم يصدق لان اول كلامه
موجب واخره يغيره لانه يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض فكان
بيان تغيير وهو انما يصح موصولا لا مفصولا ولو قال له علي الف من ثمن
خمر او خنزير لا يصدق ولزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي ح وصل
او فصل ان لم يصدقه المقر له لانه رجوع عما وجب عليه باقراره فلا يقبل
كذا في العناية وقال في قاضيخان لا يصدق ان كذبه المقر له في
السبب بل ان لم يصدقه فالظاهر منه ان المقر له ان سكت يصدق المقر

في تفسيره بخلاف ما في العناية وعندهما ان وصل صدق في المسئلتين
ولم يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب فكان بيان تغيير
فيصح موصولا لا مفصولا كما اذا قال في اخره ان شاء الله موصولا
حيث لم يلزمه شيء وجواب الامام عنه ان ذلك تعليق بصيغته فيكون
بيانا لما قبله فلا يلزمه شيء لان اللزوم عليه من حكم الارسال ومع صيغة
التعليق لا يلزم حكم الارسال بخلاف ما نحن فيه فانه ابطال والابطال
رجوع عن الاقرار فلا يصح ولو موصولا قال في البزازية له على الف لكنه
من ثمن خمر وقال المقر له بل ثمن بر فالمال لازم مع يمين الطالب وقالا القول
للمقر مع يمينه كما في قوله عن ثمن ميتة ذكره الخصاف وذكر الناطفي
على قياس قول الامام في مسئلة الميتة يلزم المال كما في قوله من
ثمن الخمر وقال الحلواني ما ذكره الخصاف قولهما اما على قول الامام فالمال لازم
فكانه ذهب عن الخصاف او عن الامام في الميتة روايتان وعن ابي يوسف
على الف حرام او باطل لزمه عند الامام على الف من ثمن خمر وصدقه
المدعي قال الامام يجب المال لان ثمن الخمر يمكن وجوبه على المسلم عنه بتوكيل
الذمي شراء الخمر وقالا لا يجب بناء على تلك المسئلة انتهى كلام البزازية
وفي المجمع لو اقر حربي اسلم باخذ المال من مسلم او كافر قبل اسلامه
او اقر باتلاف خمر بعد اسلام الكافر او اقر مسلم بمال حربي في دار الحرب
او اقر المولى بقطع يد معتقه قبل العتق فكذبوه في اسناد الافعال
الى ما ذكر من الزمان افتى محمد بعدم الضمان في كل من هذه الصور
وقالا يضمن ولو قال له على الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم
منك وهي زيوف يقال زافت عليه دراهمه اذا صارت مردودة عليه
لغش فيها وقيل هي دون النبهرج لان الزيف ما يرده بيت المال والنبهرج ما
يرده التجار كذا في المغرب وبنهرجة في المغرب النبهرج الدرهم الذي
فضته ردية وعن الجباني درهم مبهرج ولم اجده بالنون لزمه الجياد
عند الامام وصل او فصل وعنه ايضا في غير رواية الاصول انه يصدق

في الزيوف اذا وصل في القرض وقالا يلزمه ما قال ان وصل وعلى
هذا الخلاف اذا قال الا انها زيوف بكلمة الاستثناء وكذا اذا قال
هي ستوقة او رصاص على ما في الهداية لكن ذكر في العناية فيها روايتان
عن ابي يوسف في رواية عنه لا يصدق وان وصل لهما انه بيان تغيير
لان اسم الدراهم ينصرف للجياد ويحتمل الزيوف والبهرجة والستوقة
ولو مجازا فيتوقف اول كلامه على اخره فاذا ذكرها اخرا كان بيانا مغيرا
فيصح موصولا كالشرط والاستثناء كما اذا قال الا انها وزن خمسة ونقد
البلد وزن سبعة وللامام ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي
السلامة عن العيب والزيافة ونحوها عيب فلم يكن داخلا تحت العقد ليكون
دعواه بيانا بل يكون رجوعا عن بعض موجبه كما اذا قال بعتك معيبا
وقال المشتري سليما فان القول للمشتري لان مطلق العقد يقتضي السلامة
بخلاف الا انها وزن خمسة لانها يصح استثناء لكونه مقدارا بخلاف الجودة
والزيافة ونحوها فانها اوصاف فلا يجوز استثناؤها كالبناء في الدار
فان قيل اذا قال له على كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية يصح الاستثناء
مع ان الرداءة وصف كالجودة قلنا ممنوع بل الرداءة نوع في الحنطة
وفي كل ما يكال او يوزن سوى الدراهم والدنانير لا عيب وفي الدراهم
عيب لان العيب ما يخلو عنه الفطرة السليمة والحنطة قد يكون ردية في
اصل الخلقة بخلاف الدراهم فاذا كانت نوعا في الحنطة لم يكن من مقتضى
مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون نوع حتى لا يصح الشراء بالحنطة
ما لم يبين انها جيدة او وسط او ردية فليس في بيانه تغيير موجب
اول كلامه فيصح موصولا ومفصولا وان قال على الف درهم زيوف ولم يبين
الجهة قال بعض مشايخنا انه يصدق بالاجماع اذا وصل وقال الكرخي انه
على الخلاف لا يصدق عند الامام مطلقا لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود
لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم فصار هذا وما بين سببه تجارة
سواء فيكون على الخلاف المذكور فيما بين سببه تجارة وان قال له على الف درهم

من غصب او وديعة وهي زيوف او بنهرجة صدق وصل او فصل لان الغصب
والوديعة لا يختصان بالجياد لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك
ولا تعامل لهما في الجياد فيكون بيان النوع لا بيان التغيير فيصح ولو مفصولا
ولو قال له علي الف درهم من غصب او وديعة وهي ستوقة او رصاص
فان وصل صدق والا فلا لان الستوقة وكذا الرصاص ليست من جنس
الدراهم لكن كلامه يحتمل مجازا فيكون بيان تغيير فيصح موصولا لا مفصولا
ولو قال غصبته ثوبا وجاء بمعيب صدق لما مر ان الغصب لا يختص بالسليم
عن العيب كالوديعة وفي قاضيخان لو قال قد قبضت من فلان الفا ثم
قال هي زيوف قبل قوله ولو قال هي ستوقة لا يقبل ولو قال علي الف من ثمن
متاع او قرض او غصب الا انه ينقص مائة صدق ان وصل لانه استثناء
بمقدار معين فيصح موصولا والا اي وان لم يصل لزم الالف لان الاستثناء
لا يصح مفصولا ولو كان الفصل بسبب النفس او رفع السعال فهو موصول
لانه ضرورة ولو قال اخذت منك الفا وديعة فهلكت وقال المقر له
اخذتها غصبا ضمن اي المقر لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى
ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والاخر ينكره فكان القول قول المنكر
مع يمينه فوجب الضمان على المقر الا ان ينكل المنكر عن اليمين بخلاف ما اذا قال
له بل اخذتها قرضا فانه يكون القول فيه للمقر لانهما تصادقا على ان الاخذ
كان بالاذن فلا يكون سببا للضمان على الاخذ والمقر له يدعي عليه سببا
للضمان وهو القرض والاخر ينكره فكان القول للمنكر مع يمينه ولو قال المقر
هي وديعة ثم قال هي زيوف يصدق كذا في قاضيخان ولو قال اي المقر
بدل اخذت اعطيتني الفا وديعة وقال المقر له لا بل غصبته لا يضمن
لان المقر له ادعى سبب الضمان والاخر ينكره فالقول له مع يمينه ولو قال
غصبت هذا الشيء من زيد لا بل من عمرو فهو لزيد لصحة اقراره اولا وقوله
بعد ذلك بل من عمرو رجوع منه فلا يقبل لتعلق حق الاول وعليه قيمته
لعمرو لصحة اقراره في حقه ايضا الا ان الشيء الواحد لا يكون للاثنين

فيكون

فيكون العين للاول والقيمة للثاني ولو قال هذا كان لي وديعة عندك فاخذته
وقال الاخر هو لي دفع عينه ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا اليه
اي الى المقر له لانه اقر ان اليد للمخاطب والاخذ منه والسبيل في الاخذ
الرد على الماخوذ منه ما لم يصدق الاخذ او اقيمت البينة على المدعي وان
قال اجرت فرسي وثوبي هذا فلانا فركبه او لبسه ورده علي او اعرته او اسكنته
داري ثم ردها علي صدق عند الامام وعندهما القول للماخوذ منه ان لم تكن
هذه الاشياء معروفا للمقر والا فالقول له بالاتفاق لهما انه اقر باليد
للماخوذ منه ثم ادعى عليه الاستحقاق فقبل اقراره دون دعواه عليه
فيجب عليه الرد وهو القياس وقول الامام استحسان لان اليد في الاجارة
تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فلا يكون اقرارا باليد
ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بكذا درهم ثم قبضته منه وادعاه اي الثوب
الاخر فعلى هذا الخلاف في الصحيح فعند الامام القول للمقر وعندهما للماخوذ
منه الثوب لما ذكرناه او قبل القول للمقر بالاجماع والصحيح هو الاول ولو قال
اقتضيت من فلان الفا كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه
وانكر فلان فالقول له اي للمنكر لان الديون تقضى بامثالها فاذا اقر
بالاقتضاء فقد اقر بان ما قبضه من فلان ملكه وانه اخذه منه اقتضاء
بحقه فيكون مضمونا عليه لاقراره بسبب وهو الاقرار بملك الغير ثم ادعى
عليه ما يبرؤه من الضمان والاخر ينكره فكان القول للمنكر ولو قال زرع
فلان هذا الزرع او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم لي استعنت به اي
بفلان فيه وادعى فلان ذلك اي الزرع والبناء والغرس لنفسه فالقول
للمقر لانه لم يقر له باليد صريحا او دلالة وانما اقر له بمجرد فعل منه وذلك
ممكن من غير ثبوت يده فلا تقبل دعواه لنفسه فصار كما قال الخاط
لي هذا القميص فلان بدرهم ولم يقل قبضته منه فانه لم يكن اقرار له باليد
هذا فيما اذا كان هذه الاشياء في يد المقر على ما صرح به في الزيلعي
واما اذا كان في يد المقر له فالقول قول المقر له كما صرح به في البزازية

تتمة قال في قاضيخان رجل قال قد قبضت من فلان الفا ثم قال هي زيوف
قبل قوله ولو قال هي ستوقة لا يقبل وان مات المقر قبل ان يقول شيئا بعد
اقراره فقال الوارث هي زيوف لا يصدق رجل قال عندي الف درهم وديعة
ثم قال هي زيوف صدق وان مات المقر قبل ان يقول شيئا فقال وارثه
هي زيوف لا يقبل قوله لانها صارت دينا بموته فلا يقبل قول الوارث وفي
المضاربة والوديعة والغصب اذا قال الوارث هي زيوف لا يقبل قوله ولو اقر
بعشرة افلس او قرض ثم قال هي كاسدة لا يصدق في قول ابي حنيفة وقالا لا
يصدق في القرض اذا وصل وفي البيع لا يصدق في قول ابي يوسف
وقال محمد يصدق ويلزمه قيمة المبيع اذا كان هالكا ولو قال غصبت فلانا
عشرة افلس او قال اودعني عشرة افلس ثم قال هي كاسدة قبل قوله المسلم اليه
اذا اقر بقبض راس مال السلم ثم ادعى انه زيوف ان كان اقر بقبض حقه
او باستيفاء الدراهم او بقبض راس المال لا يقبل قوله انها كانت زيوفا
وان كان اقر بقبض الدراهم ثم ادعى الزيافة في القياس القول قول رب
السلم والبينة على المسلم اليه وفي الاستحسان القول قول المسلم اليه مع
يمينه والبينة على رب السلم انه اعطاه الجياد ولو قال اسلمت الى عشرة دراهم
في كر حنطة وقال لم اقبضها وقال رب السلم لا بل قبضتها ان قال المسلم اليه
ذلك موصولا صدق قياسا واستحسانا وان فصل في الاستحسان
لا يصدق ويلزمه المسلم فيه وفي القياس صدق ولا يلزمه شيء انتهى
واوضح منه ما في البزازية فانه قال المسلم اليه اقر بقبض راس المال ثم ادعى
الزيافة فعلى ستة اوجه اقر بقبض الجياد او بقبض حقه او بقبض راس
المال او باستيفاء الدراهم لا يسمع دعواه الزيافة وان اقر بقبض الدراهم
فالقول لرب السلم والبينة على المسلم اليه قياسا وفي الاستحسان ان القول
للمسلم اليه وعلى رب السلم البينة وان اقر بالقبض ولم يزد فالقول للمسلم اليه
كما في قبضت الدراهم انتهى وفيها ايضا اقر لوارثه ثم مات واختلف المقر له
مع الورثة فقال كان في الصحة والورثة قالوا كان في المرض فالقول للورثة

وان

وان برهنا فبينة المقر له اولى وان لم يكن له بينة فله ان يحلف الورثة ادعى
الاقرار في الصغر وانكره المقر له فالقول للمقر لاسناده الى حالة
معهودة منافية للضمان قال اخذته منك عارية وقال لا بل بيعا فالقول
للآخذ لانكاره البيع وكذا لو قال اخذت الدراهم منك وديعة وقال لا بل
قرضا وقال في قاضيخان رجل اقر على نفسه بمائة درهم واشهد شاهدين
ثم اقر له بمائة درهم في موطن آخر واشهد شاهدين فقال المقر هي مائة وقال
الطالب هي مائتان قال الامام شمس الائمة الحلواني هذه مسئلة ذكرها
محمد في الاصل وذكرها الخصاف في ادب القاضي وزاد على ما ذكر
في الاصل وجعلها على وجوه وشوش والحاصل ان يقول هذه المسئلة
على وجوه اما ان اضاف اقراره الى السبب والسبب واحد او مختلف او لا يضيف
الى سبب فان اضاف الى سبب بان قال له علي الف درهم ثمن هذا العبد
ثم اقر بعد ذلك المجلس او في مجلس آخر ان عليه لفلان الف درهم
ثمن هذا العبد والعبد واحد ففي هذا الوجه لا يلزمه الا مال واحد
على كل حال في قولهم جميعا وان كان السبب مختلفا بان قال لفلان علي
الف درهم ثمن هذه الجارية ثم قال لفلان علي الف درهم ثمن هذا العبد
وفي هذا الوجه يلزمه المالان في قولهم سواء اقر بذلك في موطن
واحد او في موطنين وان لم يضف الاقرار الى سبب لكن عقد الى نفسه
بالمال صكا فان كان الصك واحدا كان المال واحدا عند الكل وان
عقد على نفسه صكين كل صك بالف درهم واشهد على ذلك لزم المالان
على كل حال واختلاف الصك يكون بمنزلة اختلاف السبب وان لم يعقد
صكا ولكنه اقر مطلقا فان كان اقراره الاول عند غير القاضي بحضرة
شاهدين واقراره الثاني عند القاضي يلزمه مال واحد وكذا لو اقر اولا عند
القاضي بالف واثبت القاضي ذلك في ديوانه ثم اعاده الى القاضي
في مجلس آخر وادعى الطالب المالين والمطلوب يدعي انه مال واحد كان
القول قول المطلوب وتفصيله في قاضيخان فارجع اليه

باب اقرار المريض

اي بمرض الموت تكلموا في حده والمختار انه اذا
كان الغالب منه الموت كان مرض الموت سواء كان صاحب الفراش
او لم يكن كذا في المضمرات وقال في العمادي والفصولين المريض
مرض الموت من لا يخرج الى حوائج نفسه والمعتبر في حق الفقيه ان
لا يقدر على الخروج الى المسجد وفي حق السوقي ان لا يقدر على
الخروج الى الدكان وفي حق المرأة ان لا يقدر على الصعود على السطح
المريض الذي به السل ونحوه وسائر تصرفاته كسائر المرضى ما لم يتطاول
وفسر التطاول بسنة فلو تصرف بعد سنة في مرضه فهو كتصرفه
حال الصحة دين صحته سواء كان ثبوته باسباب معروفة او بالاقرار
في الصحة بان قال المدعي ان لي عليه الف درهم مثلا وحق اقر به في
صحته واثبت اقراره به في صحته يصح والا فلا يصح دعوى المال عينا
او دينا بناء على الاقرار المجرد وما اي دين لزمه في مرضه بسبب معروف
مثل بدل ما ملكه بالاستقراض او الاشتراء او الاستيجار او بالتزوج
بمهر المثل او بدل ما استهلكه وكلها عرف بالمعاينة لا بالاقرار سواء اي
في الدرجة وهو خبر لقوله دين صحته وما لزمه وتقدمان على ما
اي على دين اقر به في مرضه وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض
مطلقا اي بسبب معروف او باقرار في المرض سواء لاستواء سببهما
وهو الاقرار الصادر عن الاهل مضافا الى المحل وهي الذمة القابلة للحقوق
فصار كانشاء تصرف المبايعة والتزوج في مرضه والاقرار اخبار
عن الواجب في الذمة ولا فرق في ذلك بين صحة المقر ومرضه
ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض قد
تضمن ابطال حق غرماء الصحة ولهذا منع من التبرعات والمحاباة اصلا
اذا احاطت الديون بماله وعن الزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه دين
فافترق بين صحته ومرضه فانه لا يمنع في صحته عن التبرع والمحاباة و
التزوج بمهر المثل من الحوائج الاصلية في اصل الوضع فلا يمنع عنه مطلقا

كالتصرف

كالتصرف في ثمن الادوية والاغذية واجرة الطبيب حتى لو تزوج بالزيادة
على مهر المثل فالزيادة باطلة والنكاح صحيح والمبايعة بمثل القيمة لا يبطل
بها حق الغرماء لان حقهم يتعلق بالمالية لا بالصورة كالمبايعة والمالية
باقية فان قيل لو تعلق حقهم بمال المديون لزم بطلان اقراره بالدين
حال الصحة لتضمنه ابطال حق الغرماء قلنا في حال الصحة لا يتعلق
بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير بخلاف حالة المرض لانها حالة
عجز عن الاكتساب المثمر فيتعلق حقهم بالمال تحرزا عن التوى فان قيل
سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا وجب ان لا يصح لتعلق حق المقر له
الاول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة كذلك اجيب عنه بان
حالتي المرض حالة واحدة بعد اتصال الموت به لانه حالة الحجر فكانا بمنزلة
اقرار واحد كحالتي الصحة فيعتبر الاقراران جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض
لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة حجر فيفترقان فيمنع تعلق حق غرماء
الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في اول المرض
عن الاقرار في اخره والكل اي كل من دين الصحة ودين المرض سواء كان
باسباب معروفة او بالاقرار مقدم على الارث لتقدم سببها على سبب
الارث لان الوارث يستحق المال بالنسب والموت جميعا فيضاف الاستحقاق
الى اخرهما وجودا وهو الموت واما الدين فانما يجب باسباب متقدمة
على الموت ولا يصح تخصيصه اي المريض لان تخصيص الصحيح بعض غرمائه
بقضاء دينه صحيح على ما في شرح النقاية نقلا عن النهاية غريما من غرمائه
سواء كان غرماء الصحة او غرماء المرض بقضاء دينه لان فيه ابطال حق
باقي الغرماء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى
فيه بمثل قيمته وقد علم ذلك بالمعاينة او بالبينة اذ ليس فيه ابطال حق
الباقين بل انما حول حقهم من محل اخرجه عن ملكه الى محل اخر يعدله
فصار كالوديعة على ما استقرضه الى المقرض ورد المبيع بعيب الى البائع
والاخراج عن ملكه بما يعادله لا يعد اخراجا بخلاف ما لو تزوج امرأة واعطاها

مهرها حيث يكون لهم ان يشاركوا المرأة فيما قبضت وكذا لو استأجر عينا واوفى
اجرتها لانه اخرج عن ملكه من غير بدل يعادله ما يتعلق به حق الغرماء لان
المنافع لا يتعلق حقهم بها فان قيل قد ثبت ان الاقرار للوارث صحيح في
المرض وقد تضمن ذلك ابطال حق بقية الورثة خصوصا اذا كان المقر له
بالنسب ممن يحجب غيره فينبغي ان يجوز تخصيصه في المرض غريما بقضاء
دينه وان كان فيه ابطال حق بقية الغرماء والجواب عنه ان استحقاق
الوارث المال بالنسب والموت جميعا والاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا
فيضاف الى الموت فليس في اقراره بالنسب ابطال حق بقية الورثة لان
استحقاقهم المال ليس بمضاف الى اقراره بالنسب ولا يصح اقراره بعين او بدين
او بقبض دين او بابراء من الدين لوارثه لما رواه الدارقطني مرفوعا انه
لا وصية لوارث ولا اقرار له بدين ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله بعد
ما تعلق به حقهم فلا يجوز لما فيه من ابطال حقهم كالوصية الا ان يصدقه
بقية الورثة او الغرماء لان الحجر كان لهم فاذا صدقوه فقد اقروه بتقدمه
عليهم فحصل الاستثناء بصورة التصديق وينبغي ان يستثنى كونه مجورا
عن الارث لما في الفتاوى اقر لوارث بدين ثم صار محجورا بان اقر لاخيه
بدين ثم ولد له ابن صح اقراره لان المنظور وقت الموت لا وقت الاقرار
ولا بد ان يستثنى ثلث مسائل ايضا كما في الاشباه فانه قال اقرار المريض
للوارث موقوف على الاجازة الا في ثلاث لو اقر باتلاف وديعته المعروفة
او اقر بقبض ما كان عنده وديعة او بقبض ما قبضه الوارث بالوكالة من
مديونه انتهى وكذا اذا لو كان له دين على وارثه فاقر بقبضه لا يصح الا ان
يصدقه البقية وهل يعتبر تصديقهم في حيوة المريض او لا يعتبر
بل لا بد من التصديق بعد موته ففي احكام المريض من العمادية لا بد من
تصديق الورثة في حيوة المريض المقر او بعد موته واما وصيته للوارث
وبما زاد على الثلث فلا بد من تصديقهم بعد موته ولا يعتبر تصديقهم قبل
موته حتى لو اجازوها قبل موت الموصي كان لهم الرجوع بعد موته كما صرح به في

وصايا قاضيخان وقال الشافعي يصح اقراره له بدين والحجة عليه ما رويناه
وذكرناه وان اقر بدين لاجنبي صح استحسانا لما روي عن ابن عمر اذا اقر
الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط بماله ولان
قضاء الدين من الحوائج الاصلية فلا يمنع عنه ولو وصلية احاط اي الدين
بماله لما روينا وذكرناه قال في العمادي والفصولين المريض اذا اقر لوارثه
لا يجوز حكاية ولا ابتداء واقراره للاجنبي يجوز حكاية من جميع المال وابتداء
من ثلث المال وفي هذين الكتابين ايضا المريض لو اقر بدين ثم بوديعة بعينها
خاصة فهما دينان ولا تقدم الوديعة ولو اقر بوديعة ثم بدين يبدأ
بالوديعة ولو اقر بوديعة الف درهم لرجل ثم مات ولا تعرف بعينها فهو
دين في تركته كدين المرض اذا هلك الوديعة بموته مجهلا فهو والاقرار بدين
سواء وفي كل موضع عرف عين في يد المريض انه لغيره ببينة او
معاينة ترد عليه لانه لحق بماله مريض اقر بلقطة ولا مال سواه وكذبه وارثه
قال محمد لا يصدق فيورث كله وقال ابو يوسف هو من الثلث ولو اقر بارض
بيده انها وقف فهو على ثلثة اوجه لو اقر انه وقفها يعتبر من ثلثه كما لو اقر
بعتق قنه ولو اقر انه وقفها غيره فلو صدقه الغير او وارثه بعد موته جاز في
الكل ولو اقر به مطلقا فهو من الثلث ثم قال لا مريض اقر لوارثه بدين لم يجز ولو بوديعة
مستهلكة يجوز صورتها اذا اودع الرجل اباه الف درهم في مرض الموت
او في صحته بمعاينة الشهود فلما حضره الموت اقر باستهلاكه صدق
على ذلك لانه لو سكت حين يموت ولا يدري ما صنع بالوديعة كانت دينا
في ماله فاذا اقر باستهلاكه كان اولى ولو اقر ولا يهلكها في يده
واراد الوارث استحلافه فنكل عن اليمين ومات لم يكن للوارث في ماله شيء
وهل يصح اقرار المريض باستيفاء الدين من مديونه ففي العمادي والفصولين
ايضا الاصل فيه ان المريض مرض الموت اذا اقر بانه استوفى الدين
من غريمه فان كان الدين وجب له على الاجنبي في حال الصحة فاقراره
باستيفائه جائز وان كان عليه دين معروف سواء وجب الدين الذي

اقر باستيفائه بدلا عما هو مال كالثمن او وجب بدلا عما ليس بمال كبدل الصلح
عن دم عمد او المهر ونحوه وان كان الذي اقر باستيفائه وجب له على الاجنبي
في مرض الموت وعليه دين معروف او دين وجب في المرض بمعاينة
الشهود ان كان الذي اقر باستيفائه بدلا عما هو مال كالثمن ونحوه
لا يصح اقراره بالاستيفاء وان كان دينا بدلا عما ليس بمال كبدل الصلح
عن دم العمد ونحوه فان اقراره بالاستيفاء جائز وان كان عليه دين
معروف انتهى وهل يصح اقرار المريضة باستيفائها مهرها من زوجها في
العمادية المريضة اذا اقرت باستيفاء مهرها فان ماتت وهي منكوحته
او معتدته لا يصح اقرارها فان كانت غير منكوحة ولا معتدة بان طلقها
قبل الدخول يصح انتهى وهكذا افتى به مشايخ الاسلام وبه افتيت وهل يصح
اقراره بالابراء ففي العمادية ايضا ابراء المريض وارثه من دين له عليه
اصلا او كفالة باطل وكذلك اقراره باستيفائه او احتياله به على غيره
وابراؤه للاجنبي من دين له عليه جائز الا ان يكون الوارث كفيلا عنه
فلا يجوز لانه يبرا ببراءته وان كان هذا الكفيل عن الوارث جاز
ابراؤه اياه من الثلث ولم يجز اقراره باستيفاء شيء منه لان فيه براءة
الكفيل هكذا ذكره عن الجامع ثم قال لو اقر المريض انه كان ابرا فلانا
من الدين الذي له عليه في صحته لم يجز لانه لا يملك انشاء البراءة
في الحال فكذلك لا يملك الاسناد الى زمان متقدم بخلاف الاقرار
بالقبض لانه يملك الانشاء فيملك الاقرار به هكذا ذكره نقلا عن الايضاح
واعترض عليه بان اقرار المريض للوارث لا يجوز لا حكاية ولا ابتداء واقراره
للاجنبي يجوز حكاية من جميع المال وابتداء من ثلثه وان اقر لاجنبي
ثم اقر انه ابنه ثبت نسبه اي من المقر وبطل اقراره الاول لان النسب
يستند الى حالة العلوق فتبين ان البنوة كانت حالة الاقرار بالمال
فلا يجوز لانه للوارث وان اقر لاجنبية ثم تزوجها لا يبطل اقراره فان
الزوجية حادثة مقتصرة على زمان التزوج فتبين ان اقراره لاجنبية

لا للوارث فتح وقال زفر يبطل اقراره لها لانها وارثته بعد الموت وان لم تكن
وارثته عند الاقرار فحصلت التهمة وهي المعتبرة في الباب كما في الوصية والهبة
لها وهي اجنبية على ما اشار اليه بقوله ولو وصى لها اي لاجنبية ثم تزوجها
بطلت وصيته ولو وهبها ثم تزوجها فله الرجوع وفي بعض النسخ فلا رجوع
وهو من طغيان القلم اذ لا وجه له اصلا والاصل هنا ان المقر له اما ان
لا يكون وارثا للمريض المقر او يكون وارثا له والوارث اما ان يكون وراثته
مستمرة من حين الاقرار الى الموت او لا يكون مستمرة وغير المستمر اما ان يكون
وارثا حالة الاقرار غير وارث حالة الموت لحجب او لغيره او بالعكس منه
اي وارث حالة الموت غير وارث حالة الاقرار لحجب او لغيره او يكون
وارثا حالة الاقرار والموت معا غير وارث بينهما والذي يكون لغير الحجب
اما ان يكون سبب الارث ما يستند الى وقت العلوق او لا فهذه ثمانية اوجه
ففيما لم يكن وارثا اصلا صح اقراره بالاجماع وفيما يكون وارثا مستمرا لا يصح
بالاجماع وفيما يكون وارثا حالة الاقرار دون الموت فان كان الانتفاء
لحجب كما اذا اقر لاخيه وهو وارث حالة الاقرار ثم ولد له ولد او اسلم
ولده الكافر او اعتق الرقيق صح الاقرار بالاتفاق وان كان لغيره كما اذا
طلق زوجته في مرضه ثلاثا بامرها وقد اقر لها بدين فلها الاقل من
الدين والميراث لوجود تهمة الايثار بقيام العدة ولا تهمة في الاقل فيثبت
وفيما كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان لحجب كما اذا اقر لاخيه
وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لزفر وان كان لغيره فقد استند
السبب كما اذا اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه منه
وبطل اقراره وان لم يستند كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل وفيما كان
وارثا في الحالين دون الوسط كما اذا اقر لزوجته ثم ابانها ثم تزوجها
بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار عند ابي يوسف وجاز عند محمد وهو
القياس لانها ترث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما قبله ووجه ابي
يوسف وهو الاستحسان ان الاقرار للوارث باطل لتهمة الايثار فاذا وجد سبب

الورثة عند الاقرار وحدث التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الاول في تقرير
صفة الورثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن متقررة لاحتمال زوال النكاح فلا يصح
الاقرار كذا في العناية قال في الفصولين اقر لابنه وهو قن ثم عتق فمات
الاب جاز اقراره لانه للمولى لا للقن بخلاف الوصية لابنه وهو قن ثم عتق
فانها تبطل لانها للقن ولما فرغ من الاقرار بالدين والمال شرع في بيان
الاقرار بالنسب فقال وان اقر بغلام مجهول النسب قيده به لانه لو كان معروف
النسب من شخص بطل اقراره لامتناع ثبوته من غيره واشار بقوله بغلام
الى بيان الاقرار بالولد ولو اختلفا في انه مجهول النسب او معروف النسب
ولا بينة لاحدهما يحتمل ان يكون القول للمقر له ويحتمل ان يكون للمقر كما في
الفصولين وقد ذكرناه من قبل ولصحة هذا الاقرار ثلاث شرائط الاول
هذا يعني ان لا يكون ثابت النسب من الغير بل يكون مجهول النسب والثاني
ما ذكره بقوله يولد مثله لمثله لانه لو لم يكن كذلك لكان الظاهر مكذبا له
انه ابنه بيان للاقرار بالغلام والثالث ما ذكره بقوله وصدقه الغلام
وبه اشار الى ان المراد بالغلام غلام يعبر عن نفسه لانه في يد نفسه فيعتبر
تصديقه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه على ما تقدم في دعوى
النسب ثبت نسبه منه اي من المقر يصير ابنا له ولو ادعى احد بعده انه
ابن لغير المقر لا يصح دعواه الا ان اثبت احد انه كان معروف النسب في
مولده وقت اقرار المقر فانه يصح دفعا لاقرار المقر كما في الفصولين
فانه قال ولو جهل نسبه فبرهن انه ابنه يقبل فلو برهن المقر له بعده انه
ابن فلان الاخر يقبل في دفع برهان الابن لا في اثبات نسبه من
فلان الاخر لانه ليس بخصم عنه ولو وصلية كان المقر مريضا اذ ليس
فيه تهمة لان النسب من الحوائج الاصلية وهو يلزمه خاصة وليس فيه تحميله
على الغير فيثبت منه ولو مريضا فان قيل وان لم يكن فيه تحميل النسب على
الغير لكنه يتضمن ابطال حق بقية الورثة فكيف يصح من المريض قلنا
ان استحقاق الورثة المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى

اخرهما وجودا وهو الموت لا الى النسب فلا يظهر بنوته من المريض باقراره اياه
ويشاركه الورثة الباقية لانه صار كالوارث المعروف وصح اقرار الرجل لان
اقرار المراة سيأتي ذكره مصرحا بالوالدين اي الاب والام والولد والزوجة
والمولى اي مولى العتاقة سواء كان اعلى او اسفل وسواء كان اقراره بهؤلاء
في صحته او في مرضه لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير
فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه في جميع هؤلاء على ما ذكره
صاحب الهداية وقال في النهاية ان ما ذكره صاحب الهداية موافق لرواية
تحفة الفقهاء والامام سراج الدين لكنه مخالف لما ذكر في المبسوط والايضاح
والجامع الصغير للمحبوبي ان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن
والمراة ومولى العتاقة ثم قال والله اعلم بصحة ما ذكره صاحب الهداية
ترجيحا لما في المبسوط والايضاح ولا يخفى عليك صحته لان الدليل المذكور
كما يدل على صحة اقراره بالاب كذلك يدل على صحة اقراره بالام ايضا
بلا فرق فالفرق تحكم كذا في العناية والاقرار بمولى الموالاة مثل الاقرار
بمولى العتاقة على ما في المحيط والبزازية قال في اخر كتاب الاقرار من
الخلاصة نقلا عن مختصر القدوري اقرار الرجل يصح باربعة واقرار المراة
يصح بثلاثة اما اقرار الرجل فيصح بالابن والاب والزوجة ومولى العتاقة
والمفوض الصحة وعدم الصحة ما ذكر في فرائض الاصل بعنوان في
الاربعة يرث المقر له مع الوارث المعروف ويشاركه في الميراث وفيما وراء
الاربعة لا يرث مع الوارث المعروف اما الاقرار فصحيح في نفسه حتى
لو لم يبق له وارث كان الميراث له لا لبيت المال انتهى وشرط في صحة
الاقرار بهؤلاء تصديق هؤلاء لانهم في ايدي انفسهم فيعتبر تصديقهم
لكن شرط في صحة تصديق المراة خلوها عن زوج اخر وعدته وان
لا يكون اختها تحت المقر ولا اربع سواها عليها في العناية وفي صحة
تصديق الوالدين ان يولد مثله لمثله وان ليس للمقر اب وام معروفين وفي
صحة تصديق المولى ان لا يكون للمقر ولاء معروفا وهل يثبت هذه الامور عند

الابوة والامومة والبنوة والبنتة والزوجية وولاء العتاقة والموالاة بالبينة
عند عدم تصديق هؤلاء وانكارهم ففي المحيط السرخسي اذا ادعى رجل
على رجل انه ابنه والاب ينكر فاقام المدعى بينة على دعواه قبلت بينته ادعى
مع ذلك مالا اولم يدع لان هذه بينة قامت على خصم لانه يدعى عليه فعلا
وهو ايلاده ويجل نسبه عليه ولهذا لو اقر المدعى عليه بذلك يصح اقراره
وكذلك لو ادعى على رجل انه ابوه والابن منكر فاقام المدعى بينة على دعواه
قبلت بينته ادعى مع ذلك مالا اولم يدع لان هذه بينة قامت على خصم ايضا
ولهذا لو اقر المدعى عليه بذلك صح اقراره وكذلك لو ادعى على امراة نكاحا
وهي تنكر او ادعت امراة على رجل نكاحا وهو ينكر فاقام المدعي بينة على دعواه
قبلت بينته لانها قامت على خصم لانه يدعى عليه عقدا باشره وتولاه ولان
الزوج يدعى عليه الملك وهي تدعى عليه الزوج المهر والنفقة وثبوت حق
المطالبة بالجماع ولهذا لو اقر المدعى عليه بذلك صح اقراره ايضا فتقبل
بينة المدعى ولو ادعى رجل على رجل انه مولاه عتاقة من فوق او اسفل او ادعى
انه مولاه من موالاة والمدعى عليه ينكر فاقام المدعى بينة قبلت لانها
قامت على خصم وان لم يدع عليه مالا ولهذا لو اقر المدعى عليه بذلك صح
اقراره ايضا انتهى فقد حكم بان هذه المعاني تثبت بالبينة من المدعى عند
عدم تصديق المدعى عليه اعني المقر له وان المدعى عليه ولو ادعى تصديق
المدعى عليه يصدق استحسانا انتهى ثم قال فيها ايضا ادعى انه ابوه لا يصدق
الا بتصديق المدعى عليه او شهادة رجلين او رجل وامراتين وكذا اذا ادعى
انه ابنه ان كان يعبر عن نفسه والا تثبت بدعواه استحسانا انتهى والحاصل
ان الاقرار بهذه المعاني صحيح وان لم يدع مالا وانها تثبت بالاقرار بها مع تصديق
المقر له وباثبات المدعى باقامة البينة على هذه المعاني نفسها او على اقرار المدعى
عليه بهذه المعاني على ما هو الظاهر مما نقلناه من المحيط لان الاقرار بها لما كان
صحيحا فالبينة القائمة على الاقرار ممن يصح الاقرار منه يصح ايضا لكن
ذكر في فتاوى شيخ الاسلام الاشروى نقلا عن النصاب ما يدل على ان

البينة

البينة القائمة على اقرار المدعى عليه بالمولى لا يصح حيث قال ولو شهدوا ان
زيدا اقر ان المدعى اخوه او ابن اخيه او ابن اخته او مولاه فليس بشيء حتى
بينوا بخلاف ما لو شهد وانه اقر انه ابن خاله او ابن عمه فان القائل في هذا
النسب فيورث منه اذا لم يكن له وارث معروف غيره انتهى وهكذا ذكره في
المحيط السرخسي نقلا عن المنتقى فانظر منه انه لو ادعى رجل على رجل انه اخوه
او ابن اخيه او ابن اخته او مولاه عتاقة او موالاة وانكر المدعى عليه ذلك
واقام المدعى بينة على اقرار المدعى عليه بذلك لا تقبل بينته ويلزمه عدم صحة
اقراره بالمولى كما لا يصح اقراره بالاخوة وابن الاخ والاخت بخلاف ابن الخال
او ابن العم حيث يصح الاقرار بهما وكذا البينة القائمة على اقرارهما وكذا اي صح
اقرار المراة بالاب والام والولد والزوج ومولى العتاقة والموالاة لانها
اقرت بما يلزمها وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضى وانتفى المانع
فوجب القول بصحته وفي المبسوط وجامع الفصولين انما يصح اقرار المراة
بثلاث نفر بالاب والزوج ومولى العتاقة والام فيه كما ذكرناه في اقرار
الرجل من صحة الاقرار بالام ايضا فان قيل كيف يصح اقرار المراة بالولد
مع ان فيه اقرارا على الغير اعني الزوج فاجاب بقوله لكن يشترط في اقرارها
بالولد تصديق الزوج ايضا اي كما شرط تصديق الولد وذلك لان فيه تحميل
النسب على الزوج لان النسب منه لا منها كما قال الله تعالى ادعوهم لاباءهم فلا تقبل
ما لم يصدقها الزوج لان الحق له فيعتبر تصديقه او اقامت المراة البينة
عند عدم تصديقه فتقبل لما في المحيط او ادعت امراة على رجل نكاحا
وهو ينكر فاقامت المراة بينة تقبل على ما نقلناه انفا او شهادة قابلة
لان الفرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها مقبولة في
ذلك على ما مر في الطلاق وصح تصديقهم اي تصديق هؤلاء المذكورين
بعد موت المقر اي بالنسب لان النسب مما يبقى بعد الموت فصح تصديقهم الا تصديق
الزوج زوجته المقرة بالزوجية بعد موتها لان النكاح انقطع بالموت
ولا عدة عليه حتى يصح تصديقه باعتبارها ولهذا جاز له نكاح اخت

امراته المتوفات عقيب موتها فان قيل ان الارث موجود بعد موتها وان لم تكن
العدة عليه موجودة فلا يجوز بقاء النكاح باعتبار الارث ويعتبر
تصديقه بعد موتها قلنا ان الارث وان كان موجودا بعد موتها لكنه معدوم
وقت الاقرار والتصديق يستند الى وقت الاقرار فلا يجوز اعتباره باعتبار
الارث بخلاف تصديق الزوجة بالزوج بعد موت الزوج المقر بالزوجية
لان حكم النكاح باق وهو العدة فانها واجبة عليها بعد موت زوجها وهي
من اثار النكاح الا ترى انها تغسل زوجها بعد موته عند عدم من يغسله
من الرجال لقيام حكم النكاح فيعتبر تصديقها بعد موته بالاتفاق هذا عند
ابح وعندهما يصح ايضا اي يصح تصديق الزوج بعد موت الزوجة كتصديق
الزوجة زوجها بعد موت الزوج لان الارث من احكام النكاح وهو ما يبقى
بعد النكاح كالعدة والجواب عنه ان العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع
فيصير النكاح قائما باعتبارها واما الارث فليس بلازم له لجواز ان يكون
المرأة كتابية فلم يعتبر النكاح قائما باعتباره وان اقر بنسب غير الولاد كاخ
وعم وجد وابن ابن وابن بنت وخال وخالة وعمة واخت وابن اخت
وعمة وابن عم لا يثبت نسبه منه لان فيه حمل النسب على الغير فلا يجوز الا في
حق نفسه حتى يلزمه نفقة المقر له وحضانته والارث اذا تصادقا عليه
واليه اشار بقوله ويرثه اي المقر له من المقر ان لم يكن له اي للمقر وارث
معروف ولو وصلية بعيدا يعني ان من اقر بالنسب غير الولاد لا يقبل اقراره
في حق النسب حتى لا يثبت نسب المقر له واما في حق الارث فاما ان يكون
له وارث معروف قريب كذوي الفروض والعصبات مطلقا او بعيدا
كذوي الارحام ومولى الموالاة او لا يكون فان كان فهو اولى بالميراث من
المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لم يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق
المقر له ميراثه لانه اقر بشيئين احدهما النسب والاخر استحقاق المقر له ماله
بعده والاول غير مسموع لما ذكرناه والثاني مسموع لان له التصرف في
ماله بنفسه عند عدم الغريم والوارث حتى لو اوصى بجميع ماله استحق الموصى له

جميعه فكذا له ان يجعل جميعه لهذا المقر له لانه وصية من وجه حتى كان
للمقر ان يرجع عن اقراره لان نسبه لم يثبت فلا يلزمه كالوصية ووارث
من وجه حتى لو اوصى لغيره باكثر من الثلث لا ينفذ الا باجازة هذا
المقر له ما دام المقر على اقراره فصار كانه وارث حقيقة اعلم ان النسب
على نوعين نوع يثبت بالاقرار كالابوة والبنوة وكذلك الزوجية
والولاء على ما تقدم ونوع لا يثبت بالاقرار كالاخوة والعمومة وابن
الابن وابن البنت وابن العم والخال والخالة والجدة والمدعى عليه في
النوع الاول خصم شرعي للمدعي بلا دعوى حق لنفسه من الارث والنفقة
ولا يضر التناقض في هذا النوع لانه عفو ولا يصح نفيه بعد اقراره
حتى لو قال لغلام مجهول النسب هذا ابني ثبت نسبه منه ثم قال ليس بابني
لا يصح نفيه لان النسب ثبت باقراره ثم لا ينتفي بنفيه لتعلق حق المقر له
ولو قال ليس بابني ثم قال هو ابني يصح لكون التناقض عفوا فيه ولو انكر
الغلام ذلك واقام المدعي بينة تقبل بلا دعوى الحق لنفسه بخلاف
النوع الثاني فانه لا يثبت بمجرد اقراره بل لا بد من دعوى حق لنفسه
من الارث والنفقة حتى لو اقام بينة على المدعى عليه عند انكاره لا تقبل
لان المدعى عليه في هذا النوع ليس بخصم له في اثبات النسب
لما فيه من تحميل النسب على الغير الا ان يدعي لنفسه حقا فح يكون خصما
له وتقبل بينته عليه ويثبت ما ادعاه من الحق ويثبت النسب ايضا
ضمنا والتناقض ليس بعفو في هذا النوع لانه في قوة دعوى
المال حتى لو قال هذا ليس باخي او عمي او ابن ابني او ابن اخي او ابن عمي
او خالي او عمتي او خالتي ثم قال هذا اخي او عمي او ابن ابني او ابن عمي الى
غير ذلك لا يسمع ولا تقبل بينته للتناقض بخلاف ما لو قال انا لست
بوارث له ثم ادعى انه وارثه وبين الجهة بانه اخوه او عمه ونحوهما يصح
وهذا التناقض لا يضر ولا يمنع صحة الدعوى لان نفيه مطلق عن بيان
الجهة ودعواه مقيد ببيان الجهة فلا تناقض بينهما في الحقيقة ولهذا قال

في والفصولين لو قال انا لست بوارث له ثم ادعى انه وارثه وبين
الجهة يصح والتناقض في النسب لا يمنع صحة الدعوى انتهى يعني مرادهما
بالتناقض ههنا هو التناقض بين النفي المطلق والدعوى المقيد واما التناقض
بين النفي المقيد بجهة من جهات النسب وبين الدعوى المقيد بتلك الجهة التي
نفاه فليس بعفو بل هو معتبر مطلقا في النوع الثاني من نوع النسب
كما في دعوى المال وبيان هذا يتوقف على اربع مقدمات الاولى ان البينة
اذا قامت على خصم حاضر حقيقة او حكما تقبل والا فلا الثانية ان من
ادعى على اخر دعوى واقام بينة فان كان المدعى عليه ممن يصح اقراره للمدعي
بما وقع فيه الدعوى يسمع دعواه وتقبل بينته لانها قامت على خصم حاضر
لان كل من يصح اقراره للمدعي بما وقع فيه الدعوى يصير خصما له وان
كان ممن لا يصح اقراره له بذلك فان كان المدعى عليه ممن يتصور منه
اثبات سبب ما وقع فيه الدعوى تقبل البينة كمن ادعى رجل على امراة
انه ابنها وانكرت واقام الرجل بينة قبلت حتى اذا كان لها زوج يثبت
نسبه منه ولو حضر الزوج بعده وانكر كون المدعي ابنا له لا ينفعه
انكاره لان البينة قامت على خصم حاضر لان المراة وان لم يصح اقرارها
للمدعي بالولد في حق الزوج لكونه اقرارا وحملا للنسب على الغير لكن يتصور
منها ما هو سبب ثبوت البنوة وهو الولادة فان ولادتها يكون سببا
لثبوت نسب الولد منها كما في ولد الملك عنه والزنا فكان المدعي ادعى
عليها انها ولدته فكانت خصما له فتقبل بينته وان كان المدعى عليه ممن
لا يتصور منه اثبات سبب ما وقع فيه الدعوى فلا تقبل البينة عليه
كما في دعوى الاخوة والعمومة وبنوة الابن والاخ والعم ونحوها
فان المدعى عليه فيها لا يصح اقراره للمدعي لكونه اقرار النسب على الغير
وليس ممن يتصور منه اثبات سبب ما وقع فيه الدعوى فلا تقبل
البينة عليه ايضا الا ان يدعي فيها حقا لنفسه ح يصح الاقرار وتقبل
البينة الثالثة ان الاقرار على الغير لا يصح وعلى نفسه يصح الرابعة

ان كل ما يجري فيه الخفاء فالتناقض فيه عفو وما لا فلا اذا عرفت هذه المقدمات
فاعلم انه اذا ادعى رجل على رجل انه ابنه او ابوه فان اقر المدعى عليه بذلك
وصدقه يصح اقراره لانه اقرار على نفسه فيصح بناء على المقدمة الثالثة
وان انكر واقام المدعي البينة قبلت بينته ادعى مع ذلك حقا لنفسه
او لم يدع لانها قامت على خصم حاضر اما على المقدمة الاولى فلان المدعي
يدعي عليه فعلا وهو ايلاده فيصح خصما له واما على المقدمة الثانية فلان
المدعى عليه ممن يصح اقراره للمدعي بما وقع فيه الدعوى وهو الابوة والبنوة
لانه اقرار على نفسه فيصلح خصما له وكذا الحال في دعوى الزوجية من
الرجل والمراة في صحة الاقرار بها وقبول البينة بلا دعوى حق وكذا
دعوى ولاء العتاقة او الموالاة بخلاف دعوى الاخوة فانه لو ادعى على رجل
انه اخوه فان ادعى اخوة مجردة لا يصح الاقرار بها لكونه اقرارا على الغير
في الاب ولا تقبل البينة عليها ايضا لعدم قيامها على خصم حاضر
اما على المقدمة الاولى فلان الحاضر لا يصلح خصما له في اثبات الاخوة
وانما الخصم له هو الاب وهو غائب لان نسب احد الاخوين لا يثبت من
الاخر لعدم الاولوية بل يثبت من الاب واما على المقدمة الثانية فلان
المدعى عليه الحاضر ممن لا يصح اقراره للمدعي بالاخوة لكونه اقرارا على
الغير فلا يكون خصما له وان ادعى مع الاخوة حقا لنفسه من الارث
او النفقة تسمع دعواه وتقبل بينته اما على المقدمة الاولى فلان المدعى عليه
ح يصلح خصما له فيما يدعيه لنفسه من الحق فيصلح خصما له في دعوى
الاخوة ايضا لان ما يدعيه لنفسه من الحق لا يتوصل اليه الا باثبات
النسب من الابوين فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في انكار النسب
فتقبل البينة ويصير الغائب مقضيا عليه ايضا بهذه البينة حتى لو حضر
بعد ذلك وانكر كون المدعي ابنه لا ينفعه انكاره بل يثبت نسبه منه
كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها ملكه اشتراها من فلان الغائب المالك
لها وانكر ذو اليد فاقام المدعي بينة قبلت بينته ويكون ذلك قضاء على

الحاضر والغائب معا حتى لا يحتاج الى اعادة البينة عند حضور الغائب واما على
المقدمة الثانية فلان المدعى عليه حينئذ ممن يصح اقراره للمدعي بما وقع فيه
الدعوى فيكون خصما له فتقبل البينة عليه وكذا الحال فيما اذا ادعى على
آخر انه عمه او ابن عمه او اخ له او ابن خاله ونحوها ومن مات ابوه فاقر
بأخ شاركه في الارث ان صدقه المقر له والا فلا ولا يثبت نسبه منه
لما تقدم من ان فيه حملا للنسب واقرارا به على الغير فلا يقبل بخلاف اقراره بالمال
حيث يقبل ويلزمه المال فانه اقرار على نفسه فيقبل فيشاركه ما في
يده كمشتر اقر على البائع انه اعتق العبد المشتري قبل البيع فانه لم يقبل
في حق البائع حتى لا يرجع عليه بالثمن ويقبل في حق نفسه حتى يعتق
العبد عليه فاذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب
المقر مطلقا عندنا خلافا لابن ابي ليلى ومالك فيما اذا كان المقر احد الابنين
واقر بأخ ثالث وانكره الآخر فانهما يقولان يعطى للمقر له ثلث ما في يده
لان المقر اقر له بثلث شائع في النصفين فينفذ في حصته ويبطل
في حصة الاخ فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال
والسدس الآخر في نصيب الاخ فبطل اقراره فيه ولو كان لابيهما الميت
دين يعني لو مات وترك ابنين له وله دين على شخص فاقر احدهما اي
احد الابنين بقبض ابيه نصفه فالنصف الباقي للآخر ولا شيء للمقر لان
الاقرار باستيفاء الدين اقرار بالدين على الميت لان الديون تقضى بامثالها
فيكون المقبوض غير الدين فيكون مضمونا على القابض دينا في ذمته
ثم يتقاصان فاذا كذبه اخوه لا يصدق عليه فينفذ في حقه خاصة
فوجب على الميت النصف المقبوض على زعمه والدين مقدم على الميراث
فاستغرق نصيبه فلا يأخذ من النصف الآخر شيئا وان تصادقا
على ان ذلك النصف مشترك بينهما من تركة ابيهما كما اذا اقر عليه بدين
آخر وكذبه اخوه وذلك لان المقر لو رجع على المديون بشيء لرجع اخوه على
الغريم لزعمه ان اباه لم يقبض منه شيئا وله تمام النصف ثم رجع الغريم على

المقر

المقر لاقراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور قال في
نوع من شهادات البزازية مات الرجل عن ورثة فاحضر وارثاه بدين
على الميت لرجل ثم شهدا بهذا الدين لذلك الرجل عند القاضي قبل ان
يلزم القاضي باقرارهما الدين في حصتهما من التركة تقبل لان بمجرد اقرارهما
قبل القضاء عليهما لا يحل الدين في قسطهما وان قضى عليهما باقرارهما
ثم شهدا به له عليه لا تقبل لانهما يريدان ان يحولا بعض ما لزمهما
عليهما في الورثة فكانت جر مغنم ودفع مغرم وفيه اشكال وذلك ان
الدين لما لم يلزم على نصيبهما باقرارهما فكيف يصح للقاضي ان يقضي بالدين
عليهما في نصيبهما قلنا الديون تقضى من ايسر الاماكن قضاء وحصتهما
ايسر الاموال قضاء لانكار سائر الورثة الدين وعدم البينة للمدعي انتهى
هكذا ذكره ثم قال في اواخر كتاب الدعوى ان كان في الورثة
صغير لا يصح اقرار الكبار بالدين في حق الصغير ولا بد من البرهان حتى
يظهر في حق الصغير ايضا فان اقر احد الورثة يلزمه في حصته حتى
يستغرق قال الفقيه وهو القياس وبه اخذ علماؤنا لكن الاختيار عندي
ان يؤخذ ما يخصه من الدين وهو قول الشعبي والثوري وابن ابي ليلى
والشافعي وانها ابعد من الضرر واقرب الى الصواب قال شمس الائمة
ما يحفظ ان الدين لا يحل بمجرد الاقرار وانما يحل بالقضاء وعلم ذلك بمسئلة
ذكرها في الزيادات ان الوارث المقر بالدين اذا شهد مع رجل آخر بالدين
على الميت تقبل ولو كان نحل في حصته بالاقرار لما قبل لما فيه من دفع
المغرم وقال في التاسع والثلاثين من العمادية ولو ان الوارث لم يقر بالدين
على مورثه وعجز المدعي عن اقامة البينة فانه يحلف الوارث على العلم فان
حلف اندفعت الخصومة عنه فان نكل يستوفي الدين من نصيبه في
ظاهر الرواية وقال الفقيه ابو الليث وعندي يؤخذ من المقر والناكل ما يخصه
من الدين وهذا القول اعدل واحسن وابعد عن الضرر انتهى **كتاب
الصلح** هو في اللغة اسم للمصالحة خلاف المخاصمة وفي الشرع

عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول وشرطه العقل وكون المصالح عنه
حقا للمصالح ثابتا في المحل وكون البدل معلوما ان احتيج الى القبض او منفعة
ولا يشترط البلوغ حتى يجوز عن صبي ماذون يعقل انه جالب النفع دافع
الضرر ولا الحرية حتى يجوز عن عبد ماذون ومكاتب ويجوز مع اقرار وسكوت
وانكار لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا بالانكار او بالاقرار
وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير وان وقع في سياق الزوجين
في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا والصلح خير لان
العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولان قوله تعالى والصلح خير ذكر
للتعليل فيكون عاما لان العلة لا تتقيد بمحل الحكم الذي علل فيه بل اينما وجدت
العلة يتبعها حكمها ولما صححه الترمذي عن عمرو بن عوف ان رسول الله عم
قال كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال
الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت لانه صلح احل حراما وحرم حلالا لان ذلك
حرام فلا يجوز لما روينا قلنا تاويله احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا
لعينه كالصلح على ان لا يطاء الضرة او لا يشتري والحمل على ذلك واجب
لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان
كالصلح على غير الاقرار لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق فما زاد
على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي قبل الصلح وحرم بالصلح وكان
حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فالصلح على الاقرار يكون
سببا لحرمة الحلال وحل حرام كالصلح على غيره فعرفنا ان المراد بذلك ما كان
حلالا او حراما لعينه ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فكان كالصلح مع
الاقرار فيقضى بجوازه لوجود المقتضي وانتفاء المانع لان المدعي ياخذه
عوضا عن حقه في زعمه وهذا امر مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع
الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضا لان المال وقاية الانفس وهل
يلزم ان يكون الصلح عن انكار بعد دعوى صحيحة قال في الاشباه نقلا
عن القنية الصلح على انكار بعد دعوى فاسدة فاسد فعلم منه ان يكون

بعد

بعد دعوى صحيحة فان قيل يخالفه ما ذكر في الهداية في مسائل شتى من
القضاء ان الصلح على انكار جائز بعد دعوى مجهولة فالجواب ان فساد
الصلح في مسئلة القنية بسبب مناقضة المدعي لا لترك شرط الدعوى
فيحمل كلام صاحب الهداية على الثاني كذا في الاشباه فالاول كالبيع
ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع فيه لان معنى البيع مبادلة مال
بمال بتراضيهما وهو متحقق في الصلح عن اقرار وكان عن مال بمال ولكن
هذا ليس على اطلاقه بل ان وقع على خلاف جنس المدعى به واما ان وقع
على جنسه فينظر فان كان اقل من المدعى فهو حط وابراء وان كان
بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان باكثر منه فهو فضل وربا كذا في
الزيلعي قال في الاشباه الصلح عن اقرار بيع الا في مسئلتين الاولى
ما اذا صالح من الدين على عبد وقبضه ليس له ان يبيعه مرابحة بلا بيان
الثانية لو تصادقا على ان لا دين عليه بطل الصلح وفي الشراء بالدين
لا انتهى فيثبت فيه اي اذا تحقق فيه معنى البيع يثبت فيه الشفعة ان كان
ذلك الصلح في العقار بان كانت الدعوى في دار في يد رجل قد اقر
له بها فصالح المدعي على مال معين دفعه اليه فهذا في معنى بيع فللجار ان
ان يطلب الشفعة فيها والرد بالعيب بان كان بدل الصلح عبدا مثلا
فوجد المدعي فيه عيبا له ان يرده لانه اعتبر بيعا وخيار الرؤية بان لم ير
المصالح بدل الصلح وقت الصلح ثم راه فله الخيار كما في شراء ما لم يره والشرط
اذا شرط احدهما ثلثة ايام جاز له ذلك كما في البيع وهذا لان هذه
الاحكام من احكام البيع فيجري فيما كان في معنى البيع من العقود كما في
ما نحن فيه ويفسده اي القسم الاول من الصلح جهالة البدل لا جهالة
المصالح عنه لانه لما اعتبر بيعا يفسد بالجهالة المانعة من التسليم والتسلم
غير ان المصالح عنه لا يحتاج فيه الى التسليم فلا يفسده الجهالة لعدم افضائه
الى النزاع وبدل الصلح يحتاج الى التسليم فيفسده الجهالة لافضائه الى النزاع
ويشترط القدرة على تسليم البدل لا على تسليم المصالح عنه لعدم لزوم التسليم

فيه بخلاف البدل لان التسليم لازم فيه فيشترط القدرة عليه ايضا لئلا يفضي
الى تكليف ما لا يطاق وان استحق اي في يد المدعى عليه بعض المصالح عنه
او كله رجع اي المدعى عليه على المدعي بكل البدل او بعضه وان استحق
اي في يد المدعي بعض البدل او كله رجع اي المدعي على المدعى عليه بكل
المصالح عنه او بعضه وهذا لان كل واحد منهما عوض عن الاخر فايهما استحق
عليه ما اخذه رجع بما دفعه ان كلا فيرجع بالكل وان بعضا فيرجع بالبعض
بحصته لانه حكم المعاوضة وان وقع اي الصلح مع الاقرار عن مال بمنفعة اعتبر
اجارة كما اذا ادعى دارا في يده فصالحه على خدمة عبده او ركوب دابته
او سكنى داره ولبس ثوبه او زراعة ارضه كل ذلك سنة مثلا جاز الصلح
لان هذه المنافع يجوز استحقاقها بعقد الاجارة فيجوز استحقاقها بعقد
الصلح ايضا اعتبارا للصلح مع الاجارة وهذا لان الاصل في الصلح ان
يحمل على اشبه العقود به فيجري عليه احكامه لان العبرة للمعاني دون الصور
ولهذا جعلت الهبة بشرط العوض بيعا والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة
والحوالة بشرط ان لا يبرا الاصيل كفالة فاشبه العقود للصلح الواقع
على هذه المنافع عقد الاجارة فيحمل عليها لان الاجارة تمليك المنافع فكذا الصلح
على هذه الاشياء كما ان اشبه العقود للصلح الواقع عليها عن مال
هو البيع على ما مر هذا فما وقع الصلح عن مال بمنفعة وان وقع هذا الصلح عن
منفعة بمال اعتبر اجارة ايضا على ما سياتي بيانه في اول الفصل الاتي
فاذا اعتبر اجارة يشترط فيه التوقيت كما اعتبر في الاجارة حتى لو قال
صالحت على خدمة عبده او ركوب دابته ابدا او حتى يموت بطل الصلح كما
بطل الاجارة لجهالة المدة وهذا فيما يحتاج الى التوقيت واما اذا لم يحتج اليه فلا يشترط
فيه التوقيت كما لو وقع الصلح عن مال على نقل هذا الشيء من هنا الى غيره ويبطل
اي الصلح عن مال بمنفعة بموت احدهما اي في المدة التي وقت بها قال في
الكفاية شرح الهداية ان اعتبار الصلح عن مال بمنفعة بالاجارة على الاطلاق
انما هو على قول محمد حتى يفسد الصلح بهلاك المدعي او المدعى عليه او محل المنفعة سواء

هلك

هلك بنفسه او اتلفه احد وضمن قيمته ان كان قبل استيفاء المنفعة ورجع
المدعي على جميع دعواه الا اذا استوفى شيئا من المنفعة فيبطل دعواه
بقدر ما استوفاه وهذا لان محمدا جعل هذا الصلح بمنزلة الاجارة والاجارة
تبطل بموت المؤجر او المستاجر وهلاك محل المنفعة مطلقا فكذلك الصلح
وعند ابي يوسف ليس كالاجارة من كل وجه فانه يقول لو مات المدعى عليه
لا يبطل الصلح والمدعي يستوفي جميع المنفعة كما في حيوته ولو مات
المدعي فكذلك الصلح بل قام الوارث مقامه في مثل خدمة العبد وسكنى
الدار ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفي
ابطال الصلح بموت احدهما اعادة المنازعة فلا يبطل ولكن الناس يتفاوتون
في الركوب واللبس فلا يقوم الوارث في مثلها مقام المورث للضرر الذي
يلحق المالك فيفوت المعقود عليه فيبطل ضرورة والاخير اي الصلح عن
سكوت وانكار معاوضة في حق المدعي لما ذكرناه ان المدعي ياخذه عوضا
في زعمه وفداء اليمين وقطع المنازعة في حق الاخر اي المدعى عليه
لان في زعمه ان لا حق عليه وان المدعي مبطل في دعواه وانما دفع المال
اليه لئلا يحلف وليقطع الخصومة عن نفسه فان قيل كونه فداء لليمين وقطعا
للمنازعة ظاهر في صورة الانكار واما في السكوت ففيه خفاء اجيب
بانه لا خفاء فيه لان السكوت يحتمل الاقرار والانكار بجهة الانكار راجحة
اذ الاصل فراغ الذمم فلا يجب عليه بالشك ولا يثبت به كون ما في يده عوضا
فان قيل العقد الواحد كيف يجوز اتصافه بامرين متقابلين اعني كونه
معاوضة وكونه فداء لليمين اجيب بانه يجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما
وانما لا يجوز في حق شخص واحد فقط وهذا كما يختلف حكم الاقالة فانها
فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح كان حكمه
الحل في حق امراته والحرمة المؤبدة في حق امها وهل يصح الصلح بعد يمين
المدعى اختلفوا فيه قيل يصح دفعا للنزاع وقيل لا يصح لان اليمين بدل عن
المدعى به فاذا حلفه فقد استوفى البدل فلا يصح فلا شفعة في دار

صولح عنها مع احدها اى مع الانكار او السكوت لان المدعى عليه انما يستبقى الدار
على ملكه ويدفع الى المدعى مالا لدفع الخصومة عن نفسه في زعمه والمرء انما
يؤاخذ بما في زعمه لا في زعم غيره ولا شراء في زعمه حتى يثبت الشفعة
بل استبقاها على ملكه كما كان وأوجب اى الشفعة في دار صولح عليها لان
المدعى ياخذها عوضا عن المال في زعمه فكان معاوضة في حقه فيلزمه
الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه فصار كانه قال اشتريتها من
المدعى عليه فهو ينكر وما استحق من المدعى على صيغة المفعول وما وقع في
اكثر الكتب المدعى به بحرف الجر سهو لما في المغرب يقال ادعى زيد على عمرو
مالا فزيد المدعى وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به لغو انتهى كلا
او بعضا يرد المدعى حصته من البدل يعنى اذا ادعى دارا في يد آخر وصولح
على مال عن انكار او سكوت ثم استحق الدار كلها او بعضها يرد ما اخذه من
المال كله او بعضه بقدر حصة المستحق الى المدعى عليه لان المدعى عليه ما بذل
العوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر ان لا خصومة
له فيبقى في يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه فيسترده كالمكفول عنه
اذا دفع المال الى الكفيل على غرض دفعه الى رب الدين ثم ادى بنفسه قبل اداء
الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله على غرضه ونوقض هذا بما اذا ادعى
دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعى الى ذى اليد شيئا بطريق الصلح واخذ
الدار ثم استحقت فانه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع مع انه بظهور الاستحقاق
تبين ان المال في يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة واجيب
بان المدعى عليه مضطر في دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحقت
زالت الضرورة الموجبة لذلك لانتفاء الخصومة فيرجع على الآخذ واما المدعى
فانما دفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار بظهور الاستحقاق فلا يسترده
ويرجع اى يرجع المدعى على المستحق بالخصومة فيه اى في دعواه لان
المستحق قائم مقام المدعى عليه بعد الاستحقاق لكونه زايد للمدعى وما استحق
من البدل بعضا او كلا يرجع المدعى على المدعى عليه الى دعواه في قدره

اى

اى في قدر المستحق ان كلا فكلا وان بعضا فبحصته وهلاك البدل اى بدل الصلح
قبل التسليم اى الى المدعى كاستحقاقه في الفصلين اى في فصل الاقرار
والانكار والسكوت داخل في الانكار على ما مر فاذا كان كاستحقاقه يبطل
به الصلح لان هلاك البدل في البيع يبطل البيع فكذا هنا وهذا في فصل الاقرار
ظاهر لانه بيع حقيقة على ما مر واما في فصل الانكار والسكوت فلانه بيع في
حق المدعى على ما مر ايضا فيبطل بهلاكه فلو هلك كله يكون كاستحقاق كله
فيرجع بكله على المدعى عليه ولو هلك بعضه يكون كاستحقاق بعضه فيرجع
بحصته وهذا فيما اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين وان كان مالا يتعين بالتعيين
كالدراهم والدنانير لا يبطل الصلح بهلاكه لانها لا يتعينان في العقود والفسوخ
فلا يتعلق العقد بها عند الاشارة اليها وانما يتعلق بمثلها في الذمة فلا يتصور
فيه الهلاك ولهذا لم يشترط قبض البدل في المجلس قال في الخلاصة الصلح
ان كان عن دعوى في محدود فصالحوا على دراهم او دنانير او كيلي كالحنطة
والشعير او وزني كالحديد والصفر لا يشترط قبض بدل الصلح في المجلس
ثم في المكيل والموزون اذا كانا معينين واضاف العقد اليهما او غايبين لكنهما
في ملك المدعى عليه صح الصلح ويقع عليها ليسمى من الكيلي والوزني ولو اشار اليها
ولم يسم الكيل والوزن جاز الصلح ويعين ذلك الذى اشير اليه في العقد
وان كان موصوفا في الذمة فالشرط بيان القدر والوصف والاجل
ليس بشرط ولو بين الاجل ثبت ولو كان البدل دراهم يحتاج الى بيان القدر
دون الصفة ويقع على نقد البلد ان ذكر الدراهم والدنانير مطلقا وان
اختلف فعلى الاغلب وان استوت لم يجز حتى يبين ويجوز الصلح عليها حالة
ومؤجلة هذا اذا كانت الدراهم غير معينة فان كانت معينة جاز ولا حاجة
الى بيان القدر والوصف لكن لا يتعلق العقد بعينها انتهى ولو صالح على بعض
دار يدعيها لا يصح لان ما قبضه بعض حقه وهو على دعواه في الباقي
ويقبل بينته فيه لانه استوفى بعض حقه وابرا عن الباقي والابراء عن
العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء والابراء انما يصح في الدين

والدعوى هذا هو المذكور في اكثر الكتب واختاره في الهداية وذكر شيخ الاسلام
انه لا يسمع دعواه في الباقي ولا تقبل بينته وقال صاحب النهاية انه ظاهر
الرواية ووجهه ان الابراء لاقي عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فان
من قال لغيره ابرأتك عن دعوى هذا العين صح ولو ادعاه بعد ذلك لم تسمع
وانما قيد بقوله على بعض دار بيدها لان الصلح لو كان على بيت معلوم من دار
اخرى صح لكونه ح بيعا وكذا لو كان على سكنى بيت معين من غيرها لكونها اجارة
ح بشرط كون المدة معلومة قال في الخلاصة والبزازية ولو كانت الدعوى
في دار فصالحه على بيت منها او من غيرها يجوز انتهى ولا يخفى عليك ان هذا انما
يستقيم على ظاهر الرواية من انه لا يسمع دعواه في الباقي ولا تقبل بينته
بناء على جواز الصلح على بعض المدعى لا على ما اختاره المص وحيلته اي حيلة
تصحيح الصلح على بعض دار بيدها امران احدهما ما ذكره بقوله ان يزيد في
البدل شيئا كدرهم او غيره ليصير ذلك الشيء عوضا عن حقه فيما بقي اطلق
البدل ولم يقيده بلزوم اخذه وهو مقيد به لما ذكره في التاسع من دعوى
البزازية في هذه المسئلة انه لو شرط المدعي مع بعض الدار الذي وقع
الصلح عليه دراهم معلومة ودفعه المدعى عليه اليه فانه حيلة ينقطع به دعواه
لانه لما اخذ بعض حقه من الدار فقد جعل بازاء الباقي دراهم وباعه بها منه
واستوفى منه البدل فينقطع الدعوى انتهى ونظير هذا ما اذا ادعى على اخيه
نصف ما في يده بحكم الميراث وانكره الاخ وصالح على بعضه ثم برهن
على الميراث لا يصح دعواه ولا يقبل برهانه ولا ياخذ باقي حصته لان الصلح
قد صح لزعم المدعي ان ما اخذه بعض ملكه وبعضه ملك المدعى عليه وما
ترك في يد المدعى عليه فبعضه ملكه وبعضه ملك المدعى عليه فيكون
ما اخذ من ملك المدعى عليه وما ترك في يد المدعى عليه كذا في التاسع
من دعوى البزازية والثاني ما ذكره بقوله او يبرأ من البراءة لا من الابراء على
ما سيظهر لك وجهه عن دعوى الباقي بان يقول برئت من هذه الدار
او من دعواي في هذه الدار فانه يصلح المصادقة البراءة بالدعوى وهو صحيح ح

لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل بخلاف ما لو قال ابرأتك عن دعواي
او خصومتي في هذه الدار حيث يكون باطلا وله ان يخاصم فيها بعد
ذلك والفرق بين البراءة والابراء ان ابرأتك انما يكون الابراء عن الضمان
لا من الدعوى وقوله برئت يكون براءة من الدعوى على ما نقله في النهاية
عن الذخيرة وعزاه في العناية الى الكفوم وقال في البزازية لو قال
ابرأتك من هذا العبد له ان يدعيه بعده لانه ابراء عن الضمان الواجب
فبقي امانة في يده فيصح دعواه بعده حال قيام العين واستهلاكه لا حال
هلاكه ولو قال برئت من هذا العبد او العين لا يصح دعواه بعده مطلقا انتهى
وهل يصح الابراء في ضمن عقد فاسد ام لا بد له من عقد صحيح قال في
البزازية اذا جرى الصلح بين المتداعيين وكتب الصك وفيه ابراء كل منهما
الاخر عن دعواه او كتب واقر المدعي ان العين للمدعى عليه ثم ظهر فساد
الصلح بفتوى الائمة واراد المدعي العود الى دعواه قيل لا يصح الابراء السابق
والمختار انه يصح الدعوى والابراء والاقرار في ضمن عقد فاسد لا يمنع صحة
الدعوى لان بطلان المتضمن يدل على بطلان المتضمن ويدفع هذا المختار
ائمة خوارزم ان يحرز الابراء العام في وثيقة الصلح بلفظ يدل
على الاستيثاق بان يقر الخصم بعد الصلح ويقول ابرأته ابراء عاما غير داخل
تحت الصلح او يقر بان العين له اقرارا غير داخل تحت الصلح ويكتبه كذلك
فان كان نحا كما لو حكم ببطلان هذا الصلح لا يتمكن المدعي من اعادة دعواه
والحيلة لقطع الخصومة حسنة انتهى **فصل** يجوز الصلح عن مجهول
ولا يجوز الا على معلوم اطلقه وفيه تفصيل وهو ان الصلح باعتبار بدليه
على اربعة اوجه اما ان يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة
واما ان يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم
مثل ان يدعي حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في ارض
بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى جاز وان احتيج فيه الى التسليم
والتسلم وقد اصطلحا على ان يدفع احدهما مالا ولم يبينه على ان يترك

الآخر دعواه او على ان يسلم اليه ما ادعاه لم يجز واما ان يكون عن مجهول على
معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو ادعى حقا في دار في يد رجل
ولم يسمه فاصطلحا على ان يعطيه المدعى مالا معلوما ليسلم المدعى عليه ما
ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطلحا في هذه
الصورة على ان يترك المدعى دعواه جاز واما ان يكون عن معلوم على مجهول
وقد احتيج فيه الى التسليم والتسلم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل
في ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم
هي المفسدة فما لا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجبا فيه لم يجز مع
الجهالة لان القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع كذا في
العناية ولا يخفى عليك ان المراد بالمجهول ههنا هو الدعوى المجهولة والا فالصلح
عن الاعيان المجهولة لا يصح ويجوز اى الصلح عن دعوى المال لانه في معنى
البيع في حقهما ان وقع عنه بمال عن اقرار او في حق المدعى وحده ان
وقع عنه بمنافع وكل ذلك جائز على ما سبق اطلق فشمل ما بعد حلف المدعى عليه
قال في الاشباه يصح الصلح بعد حلف المدعى عليه دفعا للنزاع باقامة
البينة ولو برهن المدعى بعد هذا الصلح على اصل الدعوى لم يقبل الا في صلح
الوصى عن مال اليتيم على انكار اذا صالح على بعضه ثم وجد البينة فانها
تقبل ولو بلغ الصبى فاقامها تقبل ايضا ولو طلب يمينه لا يحلف كذا في
القنية من اخر كتاب الصلح ويجوز ايضا عن دعوى المنفعة فيكون
بمعنى الاجارة سواء وقع عنها بمال او بمنافع اخرى لان المنافع يجوز اخذ العوض
عنها بعقد الاجارة فكذا بعقد الصلح ايضا الا ترى انه اذا اوصى بسكنى داره
او خدمة عبده فمات وادعى الموصى له السكنى او الخدمة فصالح الورثة
مع الموصى له على مال او منفعة جاز ذلك فكذا هنا لكن انما يجوز الصلح على
المنفعة عن المنفعة اذا كانا مختلفي الجنس بان صالح عن السكنى على خدمة
العبد او زراعة الارض او لبس الثياب واما اذا اتحد الجنسان كما اذا صالح عن
السكنى على السكنى او عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لانه لا يجوز استيجار

المنفعة بجنسها من المنافع فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استيجارها
بالمنفعة فكذا الصلح قال في الاشباه الصلح جائز عن دعوى
المنافع الا دعوى اجارة كما في المستصفى انتهى لكنه صرح في البحر بخلافه
فارجع اليه ويجوز ايضا عن دعوى الجناية في النفس وما دونها عمدا او
خطاء اما الاول فلقوله تعالى فمن عفى له من اخيه شئ فاتباع بالمعروف
لانها نزلت في الصلح عن دم العمد على ما روى عن ابن عباس والحسن
والضحاك ومعناها من بذل له بدل اخيه المقتول مال فليتبع القتيل اتباع
اى قبول بالمعروف اى بالمجاملة وحسن المعاملة وذلك لا يكون الا بالصلح ولان
القصاص حق ثابت في المحل في حق الفعل فيكون المحل مملوكا له في حق
اقامة الفعل قبل الفعل فجاز اخذ العوض عنه فصار هو بمنزلة النكاح من
حيث ان كلا منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كلا منهما لا يحتمل الفسخ
بالتراضي حتى ان كل ما يصلح مسمى في النكاح من مال معلوم او منفعة
معلومة من سكنى دار او خدمة عبد مدة معلومة يصلح ان يكون بدلا في
الصلح عن دم العمد الا ان عند فساد التسمية في الصلح بجهالة فاحشة
كما اذا صالح على مال غير معلوم من الدابة او الثوب او غيرهما او منفعة غير
معينة من السكنى الابد او الخدمة الابد او بتسمية ما ليس بمال متقوم كما اذا
صالح على خمر فانه يصار الى الدية في الاول لكونها موجبا اصليا في الدم
ولا يجب عليه شئ في الثاني لانه لما لم يسم مالا متقوما صار ذكره
والسكوت عنه سيان ولو سكت بقى العفو مطلقا وفيه لا يجب فكذا في
ذكر غير متقوم واما في النكاح فيجب مهر المثل في فصلين اى فصل تسمية
المال المجهول وفصل تسمية الخمر لانه الموجب الاصلي في النكاح ويجب مع السكوت
عنه حكما وايضا ان ما هو اقل من عشرة دراهم يصلح بدلا عن الصلح ولا يصلح
مهرا في النكاح فافترقا فان قيل ان الشفعة حق ثابت للشفيع في الدار المبيعة
كما ان القصاص حق ثابت لاولياء المقتول في القاتل مع ان الصلح عن حق
الشفعة على مال لا يصح قلنا ان حق الشفعة حق ان تملك وذلك ليس

ليس بحق ثابت في المحل قبل التملك فاخذ البدل فيه اخذ مال في مقابلة ما
ليس بثابت في المحل وذلك رشوة حرام واما القصاص فانه حق ثابت
في المحل في حق الفعل على ما ذكرناه فكان اخذ العوض فيه اخذا عما هو حق ثابت
له في المحل فكان صحيحا فاذا لم يصح الصلح على مال في الشفعة بطلت الشفعة
لانها تبطل بالاعراض والسكوت بخلاف الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته
فانه وان لم يصح لكن لكون حصة الدار من الثمن مجهولا لكن لا تبطل شفعته
لانه لم توجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح والكفالة بالنفس
بمنزلة حق الشفعة حتى لو صالح الكفيل مع المكفول له على ما ليخرج عن الكفالة
لا يصح الصلح عليه ولا يجب المال كما لا يصح عليه في حق الشفعة الا ان
في بطلان الكفالة روايتين في رواية ابي حفص يبطل وبه يفتى على ما في
العناية وفي رواية ابي سليمان لا تبطل واما الثاني فهو جناية الخطاء فلان
موجبها المال فيصير بمنزلة البيع فيرجع الى دعوى الاموال فيجوز الصلح فيه
ثم الصلح فيه اما ان يكون على احد مقادير الدية من مائة ابل او مائة بقر او الف
اولا والاول اما ان يكون منفردا او منضما الى الصلح عن العمد فان كان منفردا
لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا والمقدر الشرعي لا يبطل فيرد
الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز الزيادة فيه على قدر الدية
اذ ليس فيه تقدير شرعي حتى يكون الزيادة ابطالا له بل القصاص ليس
بمال فكان الواجب ان لا يقابله مال ولكنه اشبه النكاح في تقومه بالعقد
فجاز باي مقدار تراضينا عليه كالتسمية في النكاح وان كان منضما الى
العمد كما اذا قتل عمدا واخر خطاء ثم صالح او لياؤهما على اكثر من ديتين فالصلح
جائز ولصاحب الخطاء الدية وما بقي فلصاحب العمد كمن عليه لرجل مائة دينار
ولاخر الف درهم فصالحهما على ثلثة الاف درهم فلصاحب الالف الف
والباقي لصاحب الدينار كما اذا صالح على مكيل او موزون جازت الزيادة
على قدر الدية لانه مبادلة بها الا ان تشترط القبض في المجلس لئلا يكون
افتراقا عن دين الدية بدين بدل الصلح ولو قضى القاضي باحد مقادير الدية

مثل

مثل ان قضى بمائة من الابل ثم صالح او لياء القتيل على اكثر من مائتي بقرة جاز لان
الحق قد تعين بالقضاء في الابل وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا الفعل
فكان ما يعطى عوضا عن الواجب فكان صحيحا بخلاف الصلح بالزيادة عليه
ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين ولو قضى
القاضي باحد المقادير بزيادة على مقدار الدية لم يجز فكذا هذا وما دون
النفس معتبر بالنفس في العمد والخطاء ثم لا يختلف الحكم في هذه الاشياء
بين ان يكون عن اقرار او انكار او سكوت على ما في الزيلعي وعن دعوى
الرق يعني ادعى على رجل مجهول الحال انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز و
كان هذا الصلح عتقا بمال اي في حق المدعي لان اقرب العقود اليه شبها
هو العتق على مال فيجعل بمنزلته لامكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه
ولهذا صح على حيوان في الذمة الى اجل ولو لم يكن على هذا الوجه بل على طريق
المعاوضة لما جاز هذا لان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة في المعاوضات
واما في حق المدعى عليه فيجعل لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل وللولاء
اي للمدعي عليه اي على المدعى عليه لانه ينكر العتق ويزعم انه حر الاصل فلا يثبت
عليه الولاء ولا يثبته الا ان يقيم المدعي البينة بعد ذلك فتقبل بينته في
حق ثبوت الولاء له عليه لا لغير حتى لا يكون رقيقا لانه صار معتقا بالصلح
فلا يعود رقيقا هذا في الصلح عن انكار وان كان عن اقرار يثبت الولاء للمدعي
لاعترافه بالرق وعن دعوى الزوج النكاح اي ادعى على امرأة نكاحا وانكرت
فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان خلعا في حق الزوج
لان اقرب العقود اليه شبها هو الخلع فيجعل عليه لامكان تصحيحه على هذا الوجه
وكان بذلا للمال في حق المرأة دفعا للخصومة لانها منكرة ذلك وان اقام
بعد ذلك على التزويج بينة لم تقبل لان ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة
في اقامتها بعده ويحرم عليه اي على المدعي ما اخذه من تلك المرأة ديانة
ان كان مبطلا في دعواه الا ان تسلمه بطيب من نفسها فيكون تمليكا على
طريق الهبة وهذا عام في جميع انواع الصلح كذا في العناية والزيلعي ولو صالحها

اى الزوج مع المرأة بمال اعطاها لتقر تلك المرأة له بالنكاح جاز ويجعل
زيادة في مهرها لانها تزعم انها زوجت نفسها منه ابتداء بالمسمى وهو يزعم
انه زاد في مهرها فيحمل على ما زعمه لامكان تصحيحه على هذا الوجه ولا يجوز
ان ادعته اى النكاح المرأة وقيل يجوز اى اذا ادعت على رجل نكاحا فصالحها
على مال بذله لها اختلف فيه المشايخ قيل لا يجوز وقيل يجوز وجه الاول
انه بذل لها لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على
الزوج في الفرقة اذ لا يسلم له في هذه الفرقة شئ وهي يسلم لها المال
والنفس وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة
لما لم توجد كانت دعواه على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثم شئ
يقابله العوض فكان رشوة ووجه الثاني ان يجعل كان الدفع باعطاء
بدل الصلح زاد على مهرها ثم خالعها على اصل المهر دون الزيادة فيسقط اصل
المهر دون الزيادة ولا عن دعوى الحد اذا اخذ رجل زانيا او سارقا او شارب
خمر او قاذفا واراد ان يرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليتركه فالصلح
باطل وله ان يرجع عليه بما دفعه من المال لان الحد حق الله تعالى والاعتياض
عن حق الغير لا يجوز ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها
لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز صلح واحد من العامة عما اشرعه الى طريق
العامة لانه حق العامة لا حقه وحده فلا يجوز ان يصالح واحد منهم على الانفراد
عنه ويدخل في اطلاق الحد حد القذف ايضا لان الغالب فيه حق الله تعالى
ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث وان قتل عبد مأذون رجلا عمدا وصالح عن
نفسه لا يجوز سواء كان عليه دين او لا لان المأذون له لا يجوز ان يتصرف
الا فيما هو من باب التجارة ورقبته ليست حاصلة من تجارته حتى لا يملك
التصرف فيه بيعا وان جاز اجارة فكذا لا يملك استخلاصه بمال المولى
وهو كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن
مال مولاه بدون اذنه لا يجوز فكذا هذا ثم صلحه هذا وان لم يصح لكن ليس
لمولى القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه لما صالحه فقد عفى عنه ببدل فصلح العفو

ولم يجب

ولم يجب البدل في حق المولى فتأخر الى ما بعد العتق لان صلحه عن نفسه
صحيح لكونه مكلفا وان لم يصح في حق المولى فصار كانه صالحه على بدل مؤجل
يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له ان يقتل ولا ان
يبيعه لشئ ما لم يعتق فكذا هذا كذا في العناية بخلاف صلحه اى صلح العبد
المأذون له عن نفس عبد له اى للعبد المأذون له قتل رجلا عمدا يعني
قتل عبد للعبد المأذون له رجلا عمدا فصالح العبد المأذون له عنه
جاز سواء كان عليه دين او لا لان عبده من تجارته وكسبه وتصرفه
فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا بخلاف تصرفه في نفسه فانه غير
نافذ لما تقدم ومن الصلح الفاسد ما ذكره في الثالث من صلح البزازية
صالح على دعوى عبد على غلته شهرا لم يجز وكذا في الدار والنخل صالح
على غلة الدار وثمرة النخل لا يجوز بخلاف ما اذا صالح على خدمة العبد
شهرا فانه يجوز وان صالح عن مغصوب تلف باكثر من قيمته جاز عنده
وقالا يبطل الفضل ان كان لا يتغابن فيه لان الواجب هو القيمة لكون
العين متلفة وهي مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها بما لا يتغابن
الناس كان ربوا بخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم
المقومين فلا يظهر فيه الزيادة وبخلاف ما اذا صالح على عرض لان
الزيادة لا يظهر عند اختلاف الجنس فيجوز مطلقا على ما سيصرح به
وله طريقان احدهما ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك
ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة بالقضاء او الرضاء حتى لو كان
المغصوب عبدا واختار ترك التضمين كان العبد هالكا على ملكه حتى
كان الكفن عليه ولو كان العبد ابقا فعاد من اباقه كان مملوكا له
واذا كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه
في نحو العبد والثوب ولا ربوا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد
قائما لاختلاف الجنس والثاني ان الواجب على الغاصب رد العين وانما يجب
القيمة عند تعذر رد العين ليقوم القيمة مقام العين وكان ذلك

ضرورة لا يصار اليه الا عند العجز فاذا صالح على شئ كان البدل عوضا عن
العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل حتى يكون ربوا هذا انما قيد
المغصوب بقوله تلف لانه لو كان قائما جاز الصلح على اكثر من قيمته بالاتفاق
عليها في العناية ولو قيده بكونه قيميا ايضا لكان احسن لانه لو كان
مثليا نحو كر حنطة وصالح على دراهم او دنانير جاز بالاتفاق ايضا سواء
كان بمثل القيمة او باكثر منها لكن القبض شرط فيه كذا في العناية قال في
البزازية اتلف ثوبا لسان وصالح على اكثر من قيمته لا يجوز عندهما كما لو
صالح بعد القضاء بالقيمة على اكثر منها او صالح على اكثر من الدية من احد
مقاديرها كالابل والدراهم والدنانير او صالح الشفيع مع المشتري على اكثر من
الثمن او صالح الساكت مع المعتق على اكثر من نصف قيمة العبد المعتق من النقدين
لا يجوز الا قدر ما يتغابن الناس فيه وعند الح يجوز لانه بدل المتلف
لا بدل قيمة الثوب فلم يتحقق الربوا ولو صالح في مسئلة الثوب على عرض قيمته
اكثر من قيمة المتلف جاز كما لو صالح على خلاف مقادير الدية انتهى قيد بالمغصوب
لان في صلح الامانات من الوديعة والعارية تفصيل مذكور في الفتاوى
قال في البزازية صلح المودع مع المودع لا يخلو من وجهين الاول ان يكون
الوديعة قائمة بعينها وهي مثلا مائتا درهم فصالحه على مائة ان كان المودع
منكرا لها يجوز قضاء لا ديانة لوجود الفضل في الواقع وان كان مقرا او منكرا
او برهن المودع على ذلك لم يجز وان لم يبرهن على الوديعة جاز لانه قطع خصومة
وان كان الصلح على عرض يجوز مطلقا وان لم يبرهن على الوديعة جاز وان
صالح عن مائتي درهم وديعة على عشرة دنانير ان كان على انكارها صح الصلح اذا
تفرقا بعد قبض الدنانير سواء كانت الدراهم حاضرة في المجلس او غائبة
وان كان على اقرارها ان كان الوديعة حاضرة في مجلس الصلح جاز
اذا جدد المودع قبضا وقبض المالك الدنانير وان لم يجدد قبضا فالصلح
باطل وان كان الوديعة غائبة عن مجلس الصلح فالصلح باطل والثانية
ان يقول المودع هلكت الوديعة او رددتها اليك وصالح بعد ذلك فهذا على

وجوه

وجوه الاول ادعى الوديعة وانكر المودع ثم صالح على مال معلوم جاز اجماعا
الثاني المالك ادعى الايداع والاتلاف والمودع اقر بها ولم يدع الرد والهلاك
فصالح جاز بلا خلاف الثالث ادعى الايداع والاتلاف وادعى المودع
الرد او الهلاك وصالح لا يصح عند الح وابي يوسف لان البراءة حصلت
بقوله رددتها والحكم الثابت بجبره لا يبطل بدعوى المالك الاتلاف
ولهذا لم يصح الصلح قبل الدعوى فكذا بعده وعند محمد وفي اخر القول
عن ابي يوسف يجوز واجمعوا ان المودع لو حلف على مدعاه لا يصح الصلح
بعده وقال السغدي اذا قال المالك اتلفتها ثم ادعى المودع الرد والهلاك
يجوز الصلح اجماعا والخلاف فيما اذا ابدا المودع الرد والهلاك ثم ادعى
المالك الاتلاف وعامة المشايخ لم يفرقوا بين المسئلتين وجعلوا كلها
على الخلاف والرابع اذا قال المودع رددت او هلكت ولم يقل المالك شيئا
وسكت ذكر الكرخي انه لا يصح الصلح عند ابي يوسف خلافا لمحمد ولو انكر
المالك ان يكون المودع قال هذه المقالة قبل الصلح صح الصلح وقال
المودع قلتها ولم يصح الصلح عند الح وابي يوسف فالقول للمالك وان
برهن على مقالته يقبل ويبطل الصلح انتهى كلام البزازية ثم قال والعارية
كالوديعة وكذا كل مال اصله امانة كالمضاربة وهكذا ذكره في الخلاصة
ايضا ثم ما ذكره المصنف الاختلاف فيما اذا كان الصلح باكثر من قيمته
من النقود واما اذا كان الصلح على عرض فذكره بقوله وان بعرض صح مطلقا
اي ان صالح عن مغصوب تلف بعرض صح الصلح سواء كان اكثر من قيمة
المغصوب او لا اتفاقا لما ذكرناه من ان الزيادة لا يظهر عند اختلاف
الجنس وان اعتق موسر عبدا مشتركا وصالح مع شريكه عن باقيه باكثر
من نصف قيمته يبطل الفضل فيما يتغابن فيه الناس اما عندهما فلما تقدم
في مسئلة الغصب واما عند الح فلان القيمة في العتق منصوص عليه
بقوله عم من اعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب
شريكه فيضمن ان كان موسرا ويسعى العبد وتقدير الشرع لا يكون دون

تقديرا القاضي وبه تتقدر فكذا بما هو فوقه فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما
تقدم لان القيمة فيه غير منصوص عليها هذا فيما صالح على النقد وان صالح
عنه بما فيه باكثر من نصف قيمته بعرض صح لان الفضل لا يظهر في خلاف
الجنس فلا ربوا ويجوز صلح المدعي بمال يدفعه الى المنكر ليقر له يعني رجل
ادعى على اخر عينا في يده فانكره فصالحه على مال ليقر له بالعين يجوز فيكون
في حق المنكر كالبيع وفي حق المدعي كالزيادة في الثمن وبدل
الصلح عن دم عمدا وعلى بعض دين يدعيه يلزم الموكل لا الوكيل الا
ان ضمنه يعني اذا وكل رجلا بالصلح عن دم عمد فصالحه على مال يلزم
الموكل لا الوكيل لانه اسقاط محض وكان الوكيل فيه سفيرا محضا فلا ضمان
عليه كالوكيل بالنكاح الا ان ضمنه فيكون مؤاخذا بالضمان لا بالصلح
وكذا الحال اذا وكل رجلا بالصلح عما يدعيه على اخر من الدين فصالحه على
بعض ما يدعيه وبدل ما اي صلح هو كبيع يلزم الوكيل كما اذا كان عن مال
بمال فان بدله يلزم الوكيل لكونه بمنزلة البيع اطلقه ولا بد من التقييد بعدم
كونه عن انكار فانه ان كان عن انكار لا يجب على الوكيل شيء ولو كان
عن مال بمال لان الصلح عن انكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة
الطلاق بجعل وذلك جائز مع الاجنبي جوازه مع الخصم وقيده بما هو كبيع
احترازا عن الصلح عن دم العمد او عن بعض ما يدعيه من الدين فانه لا يلزم
على الوكيل شيء لكونه سفيرا محضا كذا في العناية وان صالح فضولي
وضمن البدل او اضاف الصلح الى ماله بان قال صالحتك على الفي هذه او
عبدي هذا او اشار الى عرض بان قال صالحتك على هذا العبد او على هذا
الثوب او نقد بان قال صالحتك على هذا الالف بلا اضافة الى ماله او
اطلق اي عن الاضافة الى ماله والاشارة الى عرض او نقد بان قال
صالحتك على الف وسلم اي بدل الصلح في صورة الاطلاق صح الصلح في
الصور كلها اما في الاول وهو ما اذا صالح عنه الفضولي وضمن البدل
فلان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة لانه ان كان عن اقرار يكون اسقاطا

للدين

للدين وان كان عن انكار يكون اسقاطا للخصومة وعلى التقديرين ليس
الحاصل للمدعى عليه الا البراءة الذمة وفي حق البراءة الاجنبي والمدعى
سواء لان الاسقاط نيل شيء ومثله لا يختص باحد فيصلح ان يكون الفضولي
الاجنبي اصيلا في هذا الضمان اذا اضافه الى نفسه كالزوج اذا خالع
امراته مع اجنبي فضولي من جانب المراة وضمن الاجنبي بدل الخلع فانه
يصح فكذا هنا ثم يكون ذلك الفضولي متبرعا على المدعى عليه ولا يرجع
عليه بشيء كما لو تبرع بقضاء الدين فانه يصح ولا يرجع على المديون
بشيء بخلاف ما اذا كان بامره فانه لا يكون حينئذ متبرعا ويرجع عليه بما اداه
ولا يملك هذا المصالح الدين المدعى به بما اداه للدين لانه لما كان بطريق
الاسقاط لا بطريق المبادلة لم يبق شيء حتى يثبت له بعد ذلك سواء كان
الخصم مقرا او منكرا اما اذا كان منكرا فظاهر لانه في زعمه ان لا شيء عليه
وزعم المدعي لا يتعدى اليه واما اذا كان مقرا فبالصلح كان ينبغي ان يصير
المصالح الفضولي مشتريا بما في ذمته بما ادى الا ان شراء الدين من
غير من عليه الدين تمليك له وذلك لا يجوز بخلاف ما اذا كان
المدعى به عينا والمدعى عليه مقرا فان المصالح حينئذ يصير مشتريا لنفسه
اذا كان فضوليا لان شراء الشيء من مالكه صحيح وان كان في يد غيره
واما في الثاني وهو ما اذا اضاف الصلح الى ماله فلانه لما اضاف
الى ماله نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح ولزم تسليمه واما في
الثالث والرابع وهو ما اشار الى عرض او نقد بلا اضافة الى نفسه
فلانه لما عينه للتسليم صار شارطا لسلامته له فيتم بقوله ولو استحق
العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء
من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان
لم يسلم لم يرجع بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها
ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا
في حق الضمان حتى يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه رجع عليه ببدله

اذ النفوذ لا يتقيد بالعقود واما في الخامس وهو ما اطلق وسلم
فلان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده
وكان اي المصالح الفضولي متبرعا على المدعى عليه في الصور المذكورة
كلها الا كما نعه صاحب الدرر من انه انما يكون متبرعا في الصورة الخامسة
اذ لا وجه لتخصيص التبرع لها واذا كان متبرعا لا يرجع على المدعى عليه بشيء
اصلا على ما ذكرناه وان اطلق الفضولي عن الاضافة الى نفسه وعن
الاشارة وعن الضمان ولم يسلم توقف الصلح فان اجازه المدعى عليه جاز
ولزمه اي المدعى عليه البدل لانه باجازته صار كانه المصالح ابتداء
والا اي وان لم يجز بطل لان المقصود من الصلح سلامة العوض للمدعي
واذا لم يجز لم يسلم له العوض ولم يسقط الخصومة عن المدعى عليه فبطل
الصلح هذا اختيار بعض المشايخ منهم صاحب الهداية وقال بعضهم انه
ينفذ على المصالح الفضولي بمنزلة قوله صالحني على الفي والتوقف على اجازة
المدعى عليه فاما اذا قال صالح فلانا على الف درهم من دعواك عليه فان
فيه يتوقف على اجازة المدعى عليه فان اجاز جاز وان رد بطل واعلم ان
صلح الفضولي لا يخلو عن خمسة اوجه سواء كان المدعى به عينا او دينا
والمدعى عليه منكرا او مقرا على ما ذكره في صلح قاضيخان فيه قال في
الفصل الثاني من رجل ادعى على رجل فصالح فهذا على
وجهين اما ان كان المدعى به دينا او عينا وكل ذلك على وجهين اما ان
صالح الاجنبي بامر المدعى عليه او بغير امره فان ادعى دينا فانكر المدعى عليه
فصالح الاجنبي فهو على خمسة اوجه احدها ان يقول الاجنبي للمدعي صالح
فلانا عن دعواك على الف درهم او يقول صالحتك عن دعواك على فلان على
الف درهم او يقول صالحني عن دعواك على فلان على الف درهم او يقول
صالح فلانا على الف درهم من مالي او على الفي هذه او على الف درهم على
اني ضامن لها فان قال الاجنبي صالح فلانا عن دعواك على الف درهم فقال
المدعي صالحت توقف الصلح على اجازة المدعى عليه ان اجاز جاز وان رد بطل

ويخرج

ويخرج الاجنبي من البين لان الاجنبي لم يضف الصلح الى نفسه ولا الى ماله
ولم يضمن وصلح الفضولي لا ينفذ عليه الا باحد هذه الامور الثلثة
فاذا لم يوجد شيء من ذلك توقف واما اذا قال الاجنبي للمدعي صالحتك
من دعواك على فلان على الف درهم اختلف فيه المشايخ قال بعضهم هذا
والاول سواء لانه وان اضاف الصلح الى نفسه فمنفعة الصلح يعود الى
المدعى عليه والاضافة الى نفسه يحتمل النيابة والوكالة وغير ذلك
فكان العقد مع المدعى عليه وقال هنا بمنزلة قوله صالحني من دعواك
فلان على الف درهم وثم ينفذ الصلح عليه ويلزمه المال على كل حال لانه
اضافه الى نفسه بحرف الياء ولو قال صالح فلانا على الف درهم من مالي
او على الفي هذه او على اني ضامن فمن هذه الوجوه الثلثة ينفذ الصلح على
الاجنبي ويلزمه المال ولا يرجع بذلك على المدعى عليه اذا لم يكن بامر
المدعى عليه هذا اذا كان المدعى عليه منكرا والصلح لم يكن بامر المدعى
عليه فان صالح الاجنبي بامره وهو منكر فهو على خمسة اوجه ايضا ان
قال المامور للمدعي صالح فلانا عن دعواك على الف درهم نفذ الصلح على
المدعى عليه لانه صار مامورا وان قال المامور صالحتك على الف درهم اختلف
المشايخ فيه على نحو ما قلنا اذا كان الصلح بغير امر المدعى عليه عند
البعض ينفذ الصلح على المدعى عليه لانه صار بامره وان قال صالح فلانا
على الف درهم على اني ضامن نفذ الصلح على المدعى عليه والمدعي بالخيار
ان شاء طالب المدعى عليه بالبدل وان شاء طالب المصالح بحكم الكفالة
بخلاف ما اذا لم يكن مامورا في هذا الوجه فان ثم ينفذ الصلح على
المصالح ولا يرجع على المدعى عليه كما عرفت هذا كله اذا كان المدعى عليه
منكرا فان كان مقرا بالدين فصالح الاجنبي بغير امره فهو على خمسة اوجه
ايضا ان قال الاجنبي صالح فلانا على الف يتوقف الصلح على اجازة المدعى
عليه وان قال صالحتك اختلف المشايخ فيه ايضا على الوجه الذي
ذكرنا وان قال صالحني على الف درهم نفذ الصلح على الاجنبي ويلزمه المال

ولا يرجع على المدعى عليه لانه اوجب المال على نفسه لاسقاط اليمين على
المدعى عليه وان قال صالح فلانا على الف من مالي ينفذ الصلح عليه ويلزمه
المال ولا يرجع على المدعى عليه ايضا وان قال صالح فلانا على الف على انه
ضامن يتوقف ذلك على اجازة المدعى عليه لان قوله على اني ضامن
يحمل على الكفالة بخلاف ما اذا كان المدعى عليه منكرا هذا اذا كان
المدعى عليه مقرا بالدين والاجنبي غير مامور بالصلح فان كان مامورا به
فهو على خمسة اوجه ايضا وحكم كل من الوجوه مذكور في قاضيخان
هذا كله اذا كان المدعى به دينا فهو على وجهين اما ان يكان المدعى عليه
مقرا او منكرا وتفصيل كل منها مذكور في قاضيخان فارجع اليه

باب الصلح في الدين

لما ذكر الصلح عن عموم
الدعاوى اراد ان يذكر الصلح عن دعوى الدين لاختصاصه ببعض
الاحوال ذكره في هذا الباب لان الخاص بعد العام اعلم ان الصلح في
الدين صحيح سواء كان الدين للحي او للميت او للصغير على اخر او كان الدين
عليهم على ما اشار اليه باطلاقه وقال في السابع والعشرين من العمادي
الوصي اذا صالح عن حق الميت او عن حق الصغير على رجل فان كان المدعى
عليه مقرا بالمال او عليه بينة او كان قضي عليه بذلك لا يجوز صلح
الوصي على اقل من الحق وان لم يكن كذلك فيجوز ولو صالح الوصي عن حق
يدعي انسان على الميت او على الصغير ان كان للمدعي بينة على دعواه او علم
القاضي بذلك او كان قضي بذلك جاز الصلح وان لم يكن كذلك
لا يجوز وفي مبسوط السيد ابي شجاع اذا كان للصغير دين فصالحه
ابوه او وصيه على بعض وحط عنه ان كان الدين وجب بمعاقدة
الاب او الوصي يصح الحط ويضمن عند ح ومحمد كالوكيل اذا ابرأ المشتري
عن الثمن وان لم يكن بمعاقدته لا يصح لانه تبرع بمال الصبي ولو صالح عن
الدين على مال اخر ان كان بقيمته او اقل بما يتغابن الناس فيه يجوز وذكر
الفقيه ابو الليث اذا ادعى رجل على صبي حقا في داره او في عبده

دعوى

دعوى فصالحه الاب فهو على وجهين اما ان يكون للمدعي بينة او لم يكن فان كانت
جاز صلح الاب من مال ولده بمقدار قيمة المدعى او بزيادة قليلة يتغابن
الناس فيها لانه بمنزلة البيع ويجوز بيع الاب مال الصغير بمقدار القيمة
او بزيادة قليلة ولو صالح على مال نفسه يجوز قليلا كان او كثيرا وان لم يكن
للمدعي بينة لا يجوز الصلح الا من مال الاب ولو كان للصبي دين على رجل
او دعوى فصالحه الاب على مال قليل فان كان لا بينة له والاخر منكر جاز
صلحه وان كان الدين ظاهرا بالبينة او بالاقرار فان صالحه على محاباة يتغابن
الناس في مثلها جاز بمنزلة البيع وان حط مقدار ما لا يتغابن فيه
لا يجوز وان كان الدين وجب بمعاقدة الاب جاز صلحه على نفسه ويضمن
للابن مقدار الدين عند ح ومحمد وعند ابي يوسف لا يجوز والوصي
في جميع ما ذكرنا كالاب ولو كانت الورثة صغارا وكبارا ولو كانت دعواهم
في دار فصالح الوصي بمقدار ما يتغابن الناس في مثله جاز عند ح
في نصيبهم جميعا وقالا لا يجوز الا في نصيب الصغار خاصة وهو
نظير الاختلاف في البيع ولو كانت الورثة كلهم كبارا لا يجوز صلح الوصي
في شيء الا اذا كانوا غيبا جاز صلح الوصي في العروض ولا يجوز
في العقار ولو كانت الورثة كلهم صغارا فادعى انسان في دارهم
دعوى وصالحه الوصي من اموالهم على شيء فان لم يكن للمدعي بينة لا يجوز
الصلح وان كانت له بينة جاز بمقدار ما يتغابن الناس فيه هذا كله
ما ذكره في العمادي ثم قال فيه ولم يذكر في الكتاب ان البينة قامت
عند القاضي او عند الوصي فلو قامت عند القاضي فلا يشكل ان للوصي
ان يصالح من ذلك لانه قد ظهر حق المدعي في المدعى ولو قامت عند الوصي
خاصة تكلم المشايخ فيه وذكر عن شداد بن حكيم انه كان يقول اذا ادعى
رجل على الميت دينا وعرف الوصي ذلك باقرار الميت او بشهادة شهود شهدوا
عليه كان له ان يقضي الدين وذكر عن خلف بن ايوب انه كان يقول
ان ثبت عنده بالاقرار فانه يقضي وان كان بالشهادة فلا يقضي وروى

عن عيسى بن ابان انه قال لا يقضي في الوجهين فكذلك في هذه المسئلة
ان كان المشهود شهد واعند الوصي خاصة فيخرج على هذا الاختلاف انتهى الصلح
عما استحق المدعي على المدعى عليه بعقد المداينة قبدا به وان كان حكم العقد
كذلك حملا لامر المسلمين على الصلاح على بعض جنسه لاخذ لبعض حقه
واسقاط لباقيه تصحيحا لتصرف العاقل ما امكن فلو قال المدعي للمدعى عليه
المنكر صالحتك على مائة من الف عليك كان ذلك اخذا منه لمائة وابراء عن
تسعمائة قضاء لا ديانة الا اذا زاد ابرأتك كذا في القهستاني لا معاوضة
لان جعله معاوضة يفضي الى الربوا وهذا يبتنى عليه فروع واليه اشار
بقوله فلو صالح عن الف حال على مائة حالة او على الف مؤجل صح بلا اشتراط
القبض ففي الاول يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط بعضه وفي
الثاني على التاخير الذي فيه معنى الاسقاط لان فيه اسقاط الحالة وهي
حقه وكذا عن الف جياد على مائة زيوف فيحمل على انه استوفى بعض حقه
واسقط بعضه وفي الثاني على التاخير الذي فيه معنى الاسقاط لان
فيه اسقاط الحالة وهي حقه وكذا عن الف جياد على مائة زيوف فيحمل على انه
استوفى بعض حقه واسقط بعضه مع صفته اعني الجودة ولا يصح
عن دراهم على دنانير مؤجلة لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة حتى
يحمل على التاخير الذي فيه معنى الاسقاط كما مر فتعين جعله معاوضة وفي
ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسيئة فلا يجوز لما فيه من معنى الربوا وعن
الف مؤجل على نصفه حالا لانه لا يمكن حمله على الاسقاط لان المعجل لم يكن
مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاؤه استيفاء لبعض حقه فيكون
خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين وصفة التعجيل في مقابلة
الباقي لانه خير من النسيئة وذلك اعتياض عن الاجل بالحال وانه حرام
او عن الف سود على نصفه بيضاء ولو كان على عكس هذا جاز لان الاصل
ههنا ان المستوفي اذا كان ادون من حقه فهو اسقاط كما في العكس
وان كان ازيد قدرا او وصفا فهو معاوضة لان الزيادة غير مستحقة له

فلا يمكن

فلا يمكن جعله استيفاء لحقه فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف
وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود كما اذا صالح عن الف درهم
بهرجة على الف درهم صحيحة لان الصحيحة اجود من البهرجة فانه جائز لانه
معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة فيجوز الا انه يعتبر القبض في
المجلس وهذا لان الجودة اذا وقعت في مقابلة ما كان ربوا كما في
مسئلة الكتاب واما اذا لم يقع كما في هذه المسئلة يكون صرفا والجيد
والردي فيه سواء يدا بيد ولو صالح عن الف درهم ومائة دينار على مائة درهم
حالة او مؤجلة صح لانه امكن جعله اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة
ان كانت حالة واسقاطا لذلك وتاجيلا للباقي ان كانت مؤجلة تصحيحا
او لان معنى الاسقاط فيه الزم لان مبنى الصلح على الحطيطة والحط ههنا اكثر
فيكون الاسقاط الزم من معنى المعاوضة ولو صالح عن الف على طعام موصوف
في الذمة مؤجل لا يجوز لانه ليس باسقاط بل افتراق عن دين بدين وبيع
الكالي بالكالي قال في البزازية باع عبدا بالف سود فصالحه على الف ومائة
بهرجة لم يجز وكذا اذا صالحه على كيلي او وزني موصوف في الذمة لانه
بيع لانه هو بدل بالدين وبيع ما ليس عنده لا يجوز وان نقده في المجلس
وان ذكر شرائط السلم ايضا لان راس المال دين وان قال من له على
الف حالة اد غدا نصفه على انك بريء من باقيه ففعل اي ادى نصفه
برئ من الباقي والا فلا يبرأ عند ح ومحمد خلافا لابي يوسف قال
لا يعود الالف لانه ابراء مطلق اذ ليس فيه ما يعده الا جعل اداء النصف
عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على والاداء لا يصلح عوضا لان حد
المعاوضة ان يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد
به شيئا لم يكن فجرى وجوده اي وجود جعل الاداء عوضا مجرى عدمه فبقي
الابراء مطلقا وهو لا يعود كما اذا بدأ بالابراء بان قال ابرأتك عن خمسمائة
من الالف على ان تؤدي غدا خمسمائة ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد
بالشرط يفوت عند فواته لبقائه على العدم الاصلي وانما كان هذا مقيدا بالشرط

لانه بداء باداء نصفه في الغد وانه يصلح غرضا حذر افلاسه او توسلا
الى تجارة اربح فصلح ان يكون شرطا من حيث المعنى وكلمة على وان كانت
للمعاوضة لكن يحتمل معنى الشرط ايضا لوجود معنى المقابلة فيه فان فيه
مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة
فيحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه ما امكن ولان مثل هذا الشرط في الصلح
متعارف والمعروف عرفا كالمشروط شرطا فصار كما لو قال ان لم تنقد
غدا فلا صلح بيننا فان قيل ان تعليق الابراء عن الدين بالشرط باطل على ما
تقدم والتقييد بالشرط تعليق به فلا يجوز التقييد به قلنا انا لا نسلم
اتحادهما لان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه اداة الشرط صريحا والتعليق
به يستعمل فيه ذلك ولان الحكم في التقييد به ثابت في الحال على
عرضية ان يزول عند انتفاء الشرط وفي التعليق به الحكم غير ثابت
في الحال وهو بعرضية ان يثبت عند وجود الشرط فتغايرا لفظا ومعنى
فلا يلزم من صحة التقييد به صحة التعليق به والاصل فيه ان في الابراء
معنى الاسقاط ومعنى التمليك وتعليق الاسقاط المحض بالشرط جائز
كتعليق الطلاق والعتاق وتعليق التمليك غير جائز كتعليق البيع والهبة
على ما تقدم والابراء له شبه بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان
فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط عملا بشبهه التمليك وذلك اذا كان
بحرف الشرط ويحتمل التقييد به عملا بشبهه الاسقاط وذلك اذا لم يكن فيه
حرف شرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بشرط يفوت عند
فواته فصار كالحوالة فان براءة المحيل مقيد بشرط السلامة حتى لو مات
المحال عليه مفلسا عاد الدين الى المحيل وجواب ابي يوسف عن قوله كما اذا بدأ
بالابراء يظهر عند قوله الاتي وان قال ابرأتك من نصفه الخ وان قال
صالحتك عن الالف على نصفه على انك ان لم تدفع غدا النصف فالالف
عليك لا يبرأ اذا لم يدفع النصف غدا اجماعا لانه اتى بصريح التقييد بالشرط
فيعمل به بخلاف الاولى الخلافية اذ لم يصرح فيه التقييد بالشرط هذا تفصيل

ما ذكره في البزازية نقلا عن الجامع الصغير قال ادّ الي غدا خمسمائة على انك
بريء من الباقي على انك ان لم تعطني خمسمائة غدا فالالف عليك على حاله
فالامر كما قال انتهى وان قال ابرأتك من نصفه على ان تعطيني نصفه غدا
بريء من نصفه اعطى او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا وحصل الابراء مطلقا
ثم اعطاه نصفه لا يصلح عوضا لما ذكرناه في المسئلة الاولى ولكنه
يصلح شرطا مقيدا له مزيلا لاطلاقه فوقع الشك في تقييده بالشرط
فلا يتقيد به لان الثابت اولا لا يزول بالشك بخلاف المسئلة الاولى فانه
بدأ فيها باداء النصف ثم الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا
على ما ذكرناه ثم يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت
الاطلاق بالتقييد بالشك فافترقا فظهر فساد قياس ابي يوسف المسئلة
الاولى على هذه المسئلة وكذا لو قال ادّ الي نصفه على انك بريء من باقيه
ولم يوقت اي الاداء اي يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق
لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه
في مطلق الازمان فلم يتقيد بل حمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا على ما مر
بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح ولو قال ان اديت الي
نصفه فانت بريء او اذا اديت او متى اديت لا يصح الابراء وان وصلية
ادى لانه علق الابراء بالشرط صريحا وتعليق الابراء بصريح الشرط باطل
لما فيه من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح
الشرط فيحمل على التقييد كما تقدم واعلم ان الاصل في جنس هذه المسائل
ان رب الدين في تعليق الابراء باداء البعض لا يخلو اما ان بدأ بالاداء
اولا فان بدأ به فلا يخلو اما ان يذكر معه بقاء الباقي على المديون
صريحا عند عدم الوفاء بالشرط او لا فان لم يذكره فهو المسئلة الاولى
وان ذكره فهو المسئلة الثانية وان لم يبدأ بالاداء فلا يخلو اما ان بدأ
بالابراء او لا فان بدأ به فهو المسئلة الثالثة وان لم يبدأ به فلا يخلو اما
ان بدأ بحرف الشرط او لا فان لم يبدأ فهو الرابعة وان بدأ فهو الخامسة

ومن قال سرا للدائن دينه لا اقر لك بما لك علي حتى تؤخره عني او تحط عني
ففعل جاز كل من تأجيله وحطه فلا يتمكن رب الدين من المطالبة في الحال
ان اخره وابدا ان حط لانه ليس بمكره في ذلك لتمكنه من اقامة البينة
او التحليف وان اعلن اي ان قال المديون ذلك القول علانية لزمه جميع المال
للحال عملا بموجب قوله وقال في البحر لو ادعى الفا فجحد فقال المدعي اقرّ لي بها
على ان احط منها مائة او على ان حططت منها مائة فاقر جاز الحط بخلاف
قوله على ان اعطيتك مائة لان الاقرار لا يستحق به البدل ولو قال ان اقررت
لي حططت لك منها مائة فاقر صح الاقرار لا الحط كذا في المجتبى اقول قوله
لان الاقرار لا يستحق به البدل مختص بالدين ولا يمشي في العين لما ذكره
في البزازية المسروق منه صالح السارق على ان يعطيه مائة درهم على
ان يقر بالسرقة ان كان المسروق قائما بعينه يصح والا فلا انتهى تتمة
قال في البزازية لو برهن الطالب انه صالحه من الالف الذي عليه
على مائة وثوب وبرهن المطلوب على انه ابراه من الدين يقضى ببرهان
الطالب عند ابي يوسف لانه يقبل في حق الثوب فيقبل في حق المائة
ايضا ولو برهن على الصلح على مائة وبرهن المطلوب على الابراء فبرهان
المطلوب اولى لاثباته الابراء قال ابو الفضل في المسئلة الاولى
بينة الطالب تقبل في حق الثوب وبينة المطلوب في حق البراءة
حتى يحكم بالثوب لا بالمائة المديون بالالف برهن على ان الطالب صالحني
على اربعمائة على ان يؤديها اليه وابرأني الباقي وقال الطالب ابرأتك
عن خمسمائة وصالحت على خمسمائة وبرهنا ووقتا واحدا او وقتين
او لم يوقتا فالبينة للمطلوب في جميع ذلك لو قال لغريمه حططت
عنك خمسمائة من الالف التي لي عليك على ان تعطيني الخمسمائة الباقية ولم
يشهدوا وقال المديون حططت بغير شيء فالقول للمطلوب لاقرار الحط هذا
عند محمد وعن ابي يوسف ادعى دارا في يد رجل فصالحه على مال وسلم
البدل ثم برهن المدعى عليه ان الدار له لا يقبل وان برهن على انه اشتراها من

المدعي قبل الصلح بطل الصلح ورد بدله اذ كل صلح وقع بعد الشراء لا يصح وان كان
شراء بعد شراء فالثاني احق وان برهن المدعى عليه بعد الصلح على انه كان
صالحه قبل ذلك يصح الاول ويبطل الثاني وكل صحيح بعد صلح فالاول صحيح لا
الثاني انتهى والاصل فيه ان كل عقد اعيد وجدد فان الثاني باطل فالصلح بعد
الصلح باطل كذا في المنح نقلا عن الفوائد الزينية ويستثنى منه مسائل
منها الشراء بعد الشراء فانه صحيح لكنه اطلقه في الفصولين والبزازية
وقيده في القنية بان يكون الشراء الثاني اكثر ثمنا من الاول او بجنس
اخر والا فلا ومنها الكفالة بعد الكفالة صحيحة ومنها الاجارة بعد الاجارة
فانها صحيحة ويكون الثانية فسخا للاولى **فصل** في الدين
المشترك وهو الذي يكون واجبا بسبب متحد كثمن مال مشترك وموروث
مشترك وقيمة مستهلك مشترك وثمن مبيع صفقة واحدة لشرط ان
يتساويا في قدر الثمن او صفته وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما اذا
كان عبد بين رجلين باع احدهما نصيبه من رجل بخمسمائة وباع الاخر
نصيبه منه بخمسمائة وكتب عليه صكا واحدا بالف درهم ثم قبض احدهما
منه شيئا لم يكن للاخر ان يشاركه فيه لان نصيب كل واحد منهما وجب على
المطلوب بسبب اخر فلا يثبت الشركة بينهما باتحاد الصك وانما قلنا بشرط
ان يتساويا لانهما لو باعاه صفقة واحدة على ان نصيب فلان منه
مائة ونصيب الاخر خمسمائة ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للاخر ان
يشاركه فيه لان تفريق التسمية في حق البايعين كتفريق الصفقة بدليل
ان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب احدهما وكذا لو شرط لاحدهما
ان يكون نصيبه خمسمائة بخية ونصيب الاخر خمسمائة سود لم يكن
للاخر ان يشاركه فيما قبضه لان التسمية تفرقت وتميز نصيب احدهما
عن الاخر وصفا فلا بد في كون الدين مشتركا بينهما من القيود التي
ذكرناها اذا عرفت هذا فاعلم انه ان صالح احد ربي الدين المشترك
عن نصفه على ثوب فلشريكه ان يتبع المديون بنصفه اي بنصف الدين

او يأخذ نصف الثوب الذي قبضه شريكه صلحا الا ان يضمن له الشريك
المصالح ربع الدين فانه لا خيار له بين الاتباع والاخذ بل يتعين له اخذ
الربع من القابض والاصل في هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا
قبض احدهما منه شيئا فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لان الدين
ازداد خيرا بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض والنقد
خير من النسيئة وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فتصير كزيادة الولد
والثمرة وله حق المشاركة في ذلك لانه من اصل حقه فكذا ههنا فان قيل
لو كانت زيادة الدين بالقبض والنقد كزيادة الثمن والولد لما جاز تصرف
القابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الولد
والثمرة بغير اذن الاخر قلنا ان المقبوض قبل ان يختار الشريك مشاركة
القابض فيه باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة لان
الديون تقضى بامثالها وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه
فيه ويضمن لشريكه حصته وان قبض احد الشريكين شيئا من الدين
شاركه شريكه فيه لما ذكرناه في الاصل وان شاء اتبعا اي رجعا الغريم بما بقي
لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة
وان اشترى احد الشريكين بنصيبه من الدين شيئا اي ثوبا مثلا ضمنه
شريكه الاخر ربع الدين او تبع الغريم وليس الشريك المشتري مخيرا بين
بين دفع ربع الدين ودفع نصف الثوب الذي اشتراه كما كان مخيرا بينهما
في صورة الصلح على ما سبق وذلك لانه استوفى نصيبه من الدين
بالمقاصة كملا من غير حطيطة اصلا لان مبنى البيع على المماكسة ومثله لا يتوهم
فيه الحطيطة والاغماض بخلاف الصلح لان مبناه على الحطيطة والاغماض
فلو الزمنا في الصلح تضمين ربع الدين البتة بلا تخيير يتضرر فيخير القابض
فيه الا ان يضمن له على ما سبق وليس للشريك الاخر ههنا سبيل على الثوب
الذي اشتراه لانه ملكه بعقده فان قيل سلمنا انه ملكه بعقده لكنه انما
ملكه ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض قلنا لا نسلم

ان

ان الاستيفاء وقع بالدين المشترك بل انما وقع بما يخصه من الثمن بطريق
المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري فان قيل انه اضاف
الشراء عند العقد اليهما على الغريم من نصيبه عليهما ودل عليه ظاهر عبارة الكتاب
فكيف يقع الاستيفاء بما يخصه من الثمن لا بنصيبه اجيب بانه على تقدير
تحقق هذه الاضافة عند العقد لا ينافي ما ذكر لان النقود عينا كانت
او دينا لا تتعين في العقود بخلاف الصلح فانه لا يلزم به في ذمة
المصالح شيء يقع المقاصة به فتعين ان يكون المأخوذ من الدين المشترك
فكان للشريك سبيل من المشاركة فيه ومن ابرأ عن نصيبه من الدين
المشترك او قاص من المقاصة الغريم بدين سابق يعني اذا كان على احد
الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك وتقاصا لا يضمن لشريكه
اما في صورة الابراء فلانه اتلاف واسقاط وليس بقبض حتى يضمن
واما في صورة التقاص فلان الشريك قاض بنصيبه لا مقتض بناء على
ما تقرر ان اخر الدينين قضاء عن اولهما اذ العكس يستلزم القضاء قبل
الوجوب والقضاء لا يسبق الوجوب واذا لم يكن مقتضيا لم يلزمه الضمان
واعلم انه يكفي في المقاصة اقرار الدين السابق ولا يلزم لفظ المقاصة
لما قال في البزازية باعا من رجل عبدا لهما بالف فاقر احدهما انه كان
للمشتري عليه خمسمائة قبل البيع بريء المشتري من حصة المقر ولا شيء
عليه لشريكه بخلاف ما لو قبض من الدين شيئا فانه يشاركه انتهى وهبة
نصيبه من الدين وكلما يسقط نصيبه من الدين مثل الابراء في عدم
الضمان لشريكه كما في البزازية ايضا ولو ابرأه من نصيبه او وهبه او جنى
جناية موجبة للارش حتى سقط به الدين لم يكن لشريكه وكذا لو صالحه
عن العمد الموجب للقصاص على مال ولو افسد له متاعا حتى صار مستوفيا
ففي رواية ابي سليمان لا يشاركه بلا خلاف وفي رواية ابي حفص
يشاركه عند محمد كما لو غصب منه شيئا يساوي حصته انتهى وان ابرأ
عن البعض من نصيبه قسم الباقي من الدين على سهامه اي سهام كل منهما من

الدين حتى لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرأ احد الشريكين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمسة وللساكت بالعشرة وان اجل نصيبه لا يصح عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف وقول محمد مضطرب ذكره صاحب الهداية مع ابي حنيفة وغيره مع ابي يوسف والامر فيه سهل ولابي يوسف انه يملك الابراء المطلق فكذلك التاجيل لانه ابراء مقيد ولانه لو اقر بتاجيل نصيبه يصح على ما في غاية البيان فكذلك يصح انشاؤه لان الانشاء يعتبر بالاخبار ولابي حنيفة انه يلزم قسمة الدين قبل القبض لانه يمتاز احد النصيبين عن الاخر باتصاف احدهما بالحلول والاخر بالتاجيل وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض ولان في قسمة الدين عليك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عوضا عما يملكه عليه وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لان في ذلك نقلا للعرض من محل الى محل اخر قصدا والانتقال على الاعراض محال على ما تبين في الكلام فان قيل ان ابراء احدهما عن نصيبه جائز لا محالة على ما تقدم وذلك يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيلزم قسمة الدين قبل القبض قلنا ان القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء فلا قسمة فيها ولو غصب احد الشريكين من الغريم عينا او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض فللشريك اتباعه لان ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو اخر الدينين فيصير قضاء من الغريم واقتضاء من الطالب وكذا لو استاجر احدهما من الغريم بنصيبه دارا وسكنها فان لشريكه اتباعه له ذلك ايضا لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ما له حكم المال من كل وجه لان ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها وكذا لو احرق احدهما متاع الغريم بان رمى عليه النار فاحرقه فانه يصير قبضا لنصيبه من الدين لو ساوى نصيبه عند محمد خلافا لابي يوسف وبجامع ان الاحراق اتلاف المال مضمون وكان كالغصب والمديون صار قاضيا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا لما ذكرناه ولابي يوسف انه متلف

نصيبه من الدين بما صنع لا قابض فلا يرجع لشريكه عليه شيء كما لو جنى على نفس المديون بما يوجب القصاص حتى سقط نصيبه من الدين فان شريكه لا يرجع عليه شيء فكذا ههنا ولو اخذ الثوب من الغريم ثم احرقه فان شريكه ان يتبعه بالاجماع لان الضمان حصل بالقبض قبل الاحراق فيستند اليه فيملكه من ذلك الوقت ولو كان لهما دين على امراة وتزوج احدهما تلك المراة بنصيبه من الدين عليها لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من نصيبه شيئا مضمونا يقبل الشركة فانه يملك به البضع وانه ليس بمال متقوم ولا مضمون على احد فكان كالجناية وعن ابي يوسف انه يرجع عليه لوجود القبض بطريق المقاصة والصحيح هو الاول لانه اتلاف كذا في الزيلعي وروى عن بشر ان ابا يوسف رجع الى الاول ولو استقرض احدهما من الغريم او اشترى منه بعد ثبوت الدين لهما يشاركه الاخر فيه كذا في البزازية وقال في قاضيخان رجلان لهما على رجل الف درهم ان لم يكن الدين واجبا بعقد احدهما بان ورثا دينا موجلا من رجل فصالحه على احد مائة معجلة على ان اخر عنه ما بقي من حصته وهو اربعمائة فالمائة المقبوضة يكون بينهما وتاخير حصته وذلك اربعمائة باطل في قول ابي حنيفة حتى لو قبض الشريك الاخر شيئا كان للموخر ان يشاركه في المقبوض وعلى قول ابي يوسف ومحمد تاخيره في حصته جائز وان كان دينهما واجبا بادانة احدهما بان كانا شريكين شركة عنان فان اخر الذي ولي الادانة صح تاجيله في جميع الدين وان اخر الذي لم يباشر الادانة فعلى قول ابي حنيفة لا يصح تاخيره في حصته وعلى قولهما يصح وان كانا متفاوضين فاجل احدهما دينا كان من المفاوضة صح تاجيله عندنا لكل ايهما اجل انتهى وبطل صلح احد ربي سلم عن نصيبه على ما وقع من راس المال خلافا لابي يوسف يعني اذا اسلم رجلان في كر حنطة فصالح احدهما مع المسلم اليه على ان ياخذ نصيبه من راس المال المدفوع ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد الا باجازة الاخر فان اجاز جاز وكان المقبوض من راس المال مشتركا بينهما

ومابقي من السلم مشتركا بينهما وان لم يجز فالصلح باطل وقال ابو يوسف
انه جائز بلا توقف على اجازة الاخر اعتبارا بسائر الديون فان احد
الدائنين اذا صالح المديون عن نصيبه على بدل لجاز وكان الاخر مخيرا على
ما تقدم فكذا هنا ولهما وجهان احدهما انه لو جاز فاما ان جاز في
نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم منه
قسمة الدين قبل القبض وهو باطل على ما تقدم وان كان الثاني فلابد من
اجازة الاخر لتناوله بعض نصيبه والثاني انه لو جاز الصلح لشاركه في
المقبوض من راس المال لان الصفقة واحدة وهي مشتركة بينهما واذا شاركه
فيه يرجع المصالح على من عليه الدين بالقدر الذي قبضه الشريك
وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه وهو باطل فان قيل
ان هذا المعنى موجود في الدين المشترك ايضا اذا استوفى احدهما
نصيبه فاذا شاركه شريكه في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم
وفيه عود الدين بعد سقوطه اجيب بانه اخذ بدل الدين واخذه يوزن
بتقدير المبدل لا بسقوطه بل يتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في
ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها وفي السلم يكون فسخا
والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب قالوا هذا الخلاف انما هو اذا
اختلطا راس المال وعقدا عقد السلم واما اذا لم يختلطا فقال بعضهم
هو على هذا الاختلاف ايضا وبعضهم ان الصلح فيه جائز بالاتفاق هذا
وهل يصح صلح كفيل السلم ففي قاضيخان والكفيل بالسلم اذا صالح الطالب
على راس المال لا يصح ذلك في قول ابي حنيفة ومحمد لان الصلح على راس المال
اقالة والكفيل لا يملك الاقالة ولو صالح الكفيل الطالب على طعام من جنس
السلم الا انه دون السلم في الجودة جاز ويرجع هو على المسلم اليه بالجيد
وان صالح الطالب الكفيل على غير جنس السلم لا يصح ولو صالح الكفيل الاصيل
على غير جنس السلم جاز انتهى وان اخرج الورثة احدهم عن عرض او عقار
بمال او عن احد النقدين بالاخر او عنهما بهما صح قل البدل او كثر اي اذا كانت

التركة

التركة بين الورثة عقارا او عرضا او مختلطين واخرجوا احدهم بطريق الصلح
على مقدار معين من ذلك المال او كانت التركة ذهبا واخرجوا احدهم بالفضة
او فضة واخرجوا احدهم بالذهب او كانت ذهبا وفضة واخرجوا احدهم
بالذهب والفضة صح في الكل قل ما اعطوه او كثر لانه امكن تصحيحه
بيعا والبيع يصح بالقليل من الثمن والكثير ولم يصح جعله ابراء لان الابراء
عن الاعيان غير المضمونة لا يصح لكن هذا الصلح جائز على اطلاقه فيما اذا
كانت التركة عقارا او عرضا غير مقيد بلزوم التقابض واما اذا كانت
نقودا فلابد من التقابض في المجلس لكونه صرفا الا ان الوارث الذي
في يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونها في يده يكتفى بقبضه السابق
لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح لكونهما مثليين والشيء ينوب عن مثله
وان كان مقرا فلابد من تجديد القبض بان ينتهي الى مكان يتمكن من قبضه
بالتخلية لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح لكونه دونه والشيء
لا ينوب عما فوقه وانما ينوب عن مثله وعما دونه كذا في الهداية وشروحه
ولو ظهر في التركة عين بعد التخارج هل يدخل تحت الصلح ففي فصل
التخارج من البزازية انه لو ظهر في التركة عين بعد التخارج لا رواية في
انه هل يدخل تحت الصلح ام لا ولقائل ان يقول يدخل ولقائل ان يقول
لا يدخل ثم قال فيما بعد ورقة صالح احد الورثة وابرا ابراء عاما ثم ظهر في
التركة شيء لم يكن وقت الصلح لا رواية في جواز الدعوى لقائل ان يقول
يجوز دعوى حصته منه وهو الاصح ولقائل ان يقول لا وفي
لو ابرا احد الورثة الباقي ثم ادعى التركة وانكروا لا تسمع دعواه وان
اقروا بالتركة امروا بالرد عليه انتهى واعلم انهم قالوا لا تخارج الورثة
بعضهم بعضا بطريق الصلح يصح بيعا واعترض عليه بانه لو كان بيعا لشرط
معرفة مقدار حصته من التركة لان جهالة المبيع تفسد البيع واجيب عنه بان
الجهالة المفضية الى النزاع هو المفسد للبيع لامتناعه عن التسليم الواجب
بمقتضى البيع وما نحن فيه لا يحتاج الى التسليم لكونه في يد المشتري اعني بقية الورثة

فلا تفضي الى المنازعة فلا يشترط ان يكون اعيان التركة معلومة وصار هذا
كمن اقر انه غصب من فلان شيئا او اشتراه من المقر له جاز البيع وان لم يعلما
مقداره لعدم الحاجة الى التسليم والتسلم وفي جواز التخارج مع جهالة
المصالح عنه اثر عثمان على ما روي في محله وعن نقدين وغيرهما من
العروض والعقار يعني لو كانت التركة نقدين وغيرها واخرجوا احدهم بالحد
النقدين لا يصح الا ان يكون المعطى اكثر من نصيبه من ذلك الجنس اي
جنس المعطى ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة من العروض
والعقار ولا بد من التقابض فيما تقابل حصته من احد النقدين لانه
صرف في هذا القدر ولو لم يكن المعطى اكثر فاما ان يكون مساويا لنصيبه
او اقل او لا يعلم مقدار نصيبه ففي الكل بطل الصلح للربوا اما اذا كان
مساويا فلزيادة العروض وفيما اذا كان اقل فلزيادة العروض وبعض
الدراهم وفيما اذا كان مجهولا ففيه شبهة الربوا فتعذر تصحيحه بطريق
البيع والمعاوضة ولا يصح بطريق الابراء ايضا لما ذكرناه انفا ان الابراء عن
الاعيان غير المضمونة غير صحيح كذا في الهداية وشروحه وقال في
قاضيخان ان كان لا يعلم ان نصيب المرأة من التركة اقل من بدل الصلح او اكثر
او مساو اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يفسد العقد على كل حال سواء علم
ان في التركة نقدا من جنس بدل الصلح او لم يعلم لان هذا عقد شك في
جوازه فلا يجوز بالشك والصحيح ما قاله الفقيه ابو جعفر ان الشك ان
كان في وجود ذلك في التركة يجوز العقد لان الثابت هنا شبهة
الشبهة وشبهة الشبهة لا تعتبر وان علم وجود ذلك في التركة لكن
لا يدري ان بدل الصلح اقل من حصتها من دراهم التركة او اكثر او مثله فسد
العقد هنا لان مقابلة الفضة بالفضة لا يجوز الا بشرط التساوي فاذا وقع
الشك في التساوي لا يجوز كما لو باع الفضة بالفضة مجازفة وهكذا
في البزازية ايضا هذا واعلم ان بطلان الصلح على مثل نصيبه او اقل من
الدراهم انما هو في حالة التصادق اما اذا ادعت ميراث زوجها وانكر الورثة

الزوجية

الزوجية فصالحوها على اقل من نصيبها من المهر والميراث جاز ذلك لان
المدفوع اليها لقطع المنازعة ولافتداء اليمين وليس في ذلك ربوا على ما
صرح به في العناية وقال في قاضيخان اذا صولحت المرأة عن ثمنها وصداقها
والورثة يقرون بنكاحها فان كان في التركة دين على الناس فصولحت
عن الكل على ان يكون نصيبها من الدين للورثة او صولحت عن التركة ولم يقل
شيئا كان الصلح باطلا لان تمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض
باطل واذا فسد العقد في حصة الدين فسد في الباقي ايضا اما عند
ابي حنيفة لان من مذهبه ان العقد اذا فسد في البعض لفساد مقارن
يفسد في الكل واما عندهما فلان الدين ليس بمال حقيقة فاذا شرط في
العقد تمليك ما ليس بمال بطل في الكل كما لو جمع بين حر في عبد وباعهما
صفقة واحدة فان طلبوا تجويز هذا الصلح على ان يكون نصيبها من الدين
للوارث فطريق ذلك ان يشتري المرأة من الوارث عينا من اعيان الوارث
بمقدار نصيبها من الدين ثم يحيل الوارث على غريم الميت بحصتها من الدين
ثم يعقدون الصلح بينهم من غير ان يكون ذلك شرطا في الصلح فان صالحت
ورثة زوجها من اعيان التركة خاصة دون الدين فلا يخلو اما ان يكون
بدل الصلح من الدراهم والدنانير وليست في التركة من جنس ذلك
فهو جائز على كل حال او كان في التركة نقد من جنس بدل الصلح بان كان
في التركة دراهم فصولحت على دراهم ان كان بدل الصلح اكثر من حصتها
من دراهم التركة جاز والا فلا على ما تقدم بيانه ثم قال وقال الحاكم الشهيد
انما يبطل الصلح على اقل من حصتها من مال الربوا في حال التصادق اما في
حال الجحود والانكار يجوز الصلح لان المأخوذ في حالة الانكار لا يكون
بدلا لا في حق الآخذ ولا في حق الدافع وان اخرجوه بعرض جاز مطلقا
قل العرض او كثر وجد التقابض في المجلس او لا كانت التركة عرضا او عقارا
او نقدا لعدم الربوا فيها والحاصل ان الصلح عن الدين ان كان بطريق الابراء
كما في الصورة التي ذكرت في باب الصلح في الدين لا يشترط فيه القبض

في المجلس وان كان بطريق البيع كما في الصورة المذكورة انفا فان كان البيع
صرفا يشترط فيه القبض في المجلس والا فلا كما في هذه الصورة وفي
البزازية ان في الموضع الذي صح التخارج لو اراد الورثة ان يدعوا شيئا من
الدين على رجل يقولون كان قضينا كذا فبعد التخارج صار الكل لها ولو ظهر
في التركة عين بعد التخارج لا رواية في انه هل يدخل تحت الصلح ام لا القائل
ان يقول يدخل ولقائل ان يقول لا ثم قال بعد اسطر وبعد صحة التخارج
يقسم الباقي بينهم على سهامهم التي ظهر قبل التخارج انتهى هذا كله فيما اذا لم يكن
في التركة دين وان كان في التركة دين على الناس فاخرجوه اى اخرجوا
احدهم ليكون الدين لهم بطل الصلح في الدين والعين جميعا لان فيه تمليك
نصيبه من الدين من غير من عليه الدين وهو الورثة فيبطل فيه ثم يتعدى
الى العين لاتحاد الصفقة سواء بين حصة الدين او لم يبين عنده وكان
ينبغي ان يجوز عندهما في غير الدين اذا بين حصته واصل الخلاف فيما اذا جمع
بين حر وعبد وشاة ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة وبين حصة
كل واحد منها من الثمن بطل في الكل عنده وعندهما صح في العبد والذكية
كذا في الزيلعي وذكر في النهاية ان هذه المسئلة يعني مسئلة الصلح
ترد نقضا على قول ابي يوسف ومحمد فيما اذا اسلم حنطة في شعير وزيت
فانهما قالا يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير وهنا قالا
يفسد في الكل قال هذا ما يحفظ ويمكن ان يقال في مسئلة الصلح فيما
اذا لم يبين ما يقابل كل واحد منها وفي مسئلة السلم اذا بين توفيقا بينهما
وتصحيحا لقاعدتهما قلت فعلى هذا لا بد ان يحمل مسئلة الجمع بين الحر والعبد
في البيع فيما سبق في كلام قاضيخان على ما اذا لم يبين حصة كل منهما من
الثمن والا فما ذكره قاضيخان في تلك المسئلة مخالف لما ذكره الزيلعي وغيره
من جواز البيع في حصة العبد واعلم ان معنى قوله بطل الصلح ان رب الدين
يبطله لان حكم الشرع ان يكون الدين على جميع الورثة كما في فصل التخارج
من البزازية وفيها ايضا لو لم يذكر في صك التخارج ان في التركة دينا

اولا

اولا فالصك صحيح وكذا لو لم يذكر في الفتوى ولكن يسال عن صحة التخارج يفتى
بالصحة ويحمل على وجود شرائطها كما ذكر في الفتاوى رجل باع ماله
يفتى بالصحة وان احتمل انه غير عاقل والاصل فيه ان المطلق يحمل على الكمال
الخالي عن العوارض الا بالاصل انتهى وان شرطوا ابراء الغرماء من نصيبه
اى من الدين صح الصلح لانه يكون اسقاطا او تمليكا للدين ممن عليه الدين
وهو جائز وكذا اى يصح الصلح ان قضوا اى الورثة حصته منه اى حصة
المصالح من الدين تبرعا وفي هذين الوجهين ضرر ببقية
الورثة اما في الوجه الاول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء
واما في الثاني فلانه لزم عليهم النقد بمقابلة الدين والنقد خير من النسيئة
اقول ان اراد ان الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بحصة المصالح فهو مسلم
لكن لا ضرر فيه وان اراد لا يمكنهم الرجوع مطلقا فهو ممنوع هذا ولو قضى
انسان غير الورثة حصته من الدين تبرعا صح الصلح ايضا وذكر الورثة
اتفاقي لانه قال في البزازية وان احب الورثة جواز هذا الصلح فالحيلة فيه
استثناء الدين او تبرع انسان بقضاء الدين ويكون متطوعا وسقط
الدين عن الغريم بقدره ثم يصالحوا على ما بقي من التركة انتهى او اقرضوه قدرها
اى اقرض الورثة المصالح قدر حصته من الدين او باعوه شيئا من اموالهم
على ما تقدم هذه الحيلة من قاضيخان واحالهم اى احال المصالح الورثة برأي
بالقرض الذي اخذه من الورثة او بثمن المبيع الذي اشتراه منهم على الغرماء
وصالحوه عن غيره اى غير الدين من اعيان التركة قال في الهداية هذا
هو الاوجه في الحيلة وذلك لانه ليس فيه من المحذور في الاولين
الا ان فيه ضرر التقديم فان العين خير من الدين فالاوجه في الحيلة ما
ذكره بعض مشايخنا وهو ان يبيعوه كفا من تمر او نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم
على الغرماء وهو مختار قاضيخان على ما ذكرناه وفي صحة الصلح عن تركة
هي اعيان غير معلومة ولا دين فيها لان حكم التركة التي فيها دين سبق على مكيل
او موزون اختلاف والاصح الجواز ان علم انها غير المكيل والموزون اذا كانت

كلها في يد البقية قال في العناية ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة
فالصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وهو قول الامام ظهير
الدين المرغيناني بان كان في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك
مثل بدل الصلح او اقل وقيل يجوز وهو قول ابي جعفر لاحتمال ان لا يكون في
التركة دين من ذلك الجنس وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر
مما اخذ او اقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة ولو كان في التركة غير
المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة فصالحوا على مكيل وموزون او غير
ذلك قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ لا يصح ان يكون ابراء لان المصالح عنه عين
والابراء عن العين لا يجوز واذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة عنه وقيل يجوز
وهو الاصح لانها ليست بمفضية الى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة
فلا تحتاج الى التسليم حتى يفضي الى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد
المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز لاحتياجه الى التسليم انتهى ولا يخفى عليك ان
كلام المص لنسب الى الثاني من الخلافية وانما قال والابراء عن العين لان الابراء
عن دعوى العين صحيح على ما صرح به في القول في الدين من اواخر الاشباه
حيث قال فيه لا يصح الابراء عن الاعيان وعن دعواها صحيح فلو قال ابراتك
عن دعوى هذا العين صح الابراء فلا تسمع دعواه بها بعده ولو قال برئت
من هذه الدار ومن دعوى هذه لم تسمع دعواه وبينته ولو قال ابراتك
عنها او عن خصومتي فيها فهو باطل وله ان يخاصم وانما ابراه عن ضمانه كذا في
النهاية من الصلح وفي كما في الحاكم من الاقرار لا حق لي قبله يبرا من العين
والدين والكفالة والاجارة والحدود والقصاص وبه علم انه يبرا من الاعيان
في الابراء العام لكن في مداينات القنية افترق الزوجان وابرا كل واحد
منهما صاحبه جميع الدعاوى وكان للزوج بذر في ارضها واعيان قائمة
فالحصاد والاعيان القائمة لا يدخل في الابراء عن جميع الدعاوى انتهى كلام
الاشباه فعلم منه ان الابراء من العين صحيح عند بعض المشايخ مثل الابراء من
الدين وعلم منه ايضا ان معنى قولهم ان الابراء عن الاعيان لا يصح انه لا يملك

بالابراء والا فالابراء عنها لسقوط الضمان صحيح بالاتفاق حتى لو ابراه من
العين المغصوبة برئ عن ضمانها وتصير امانة في يد الغاصب فلو هلك بعده
لا يضمن وقال في نوع الدفع من دعوى البزازية ولو برهن احد الورثة على
اقرار الاخر انه برئ من ميراث ابيه والميراث اعيان لا يقبل لعدم صحة الابراء
عن الاعيان انتهى وفي الخلاصة عن محمد لو قال الرجل للاخر ابراتك من
هذه الدار او من خصومتي في هذه الدار او من دعواي او برئت من
هذه الدار جاز ولا حق له فيها وفي واقعات الناطفي رجل قال للاخر
ابراتك عن هذا الدار او عن خصومتي في هذه الدار او عن دعواي
فهذا كله باطل حتى لو ادعى بعد ذلك هذه الدار يسمع ولو اقام البينة
تقبل بخلاف ما لو قال برئت من هذه الدار او برئت من دعواي في هذه
الدار فانه يجوز حتى لا يسمع دعواه وبينته بعد ذلك لان بقوله ابراتك
خاطب الواحد فله ان يخاصم غيره واما قوله برئت فاضافة البراءة الى
نفسه فيبرا وبطل الصلح والقسمة اي قسمة التركة ان كان على الميت دين
مستغرق لان الوارث لا يملك التركة ما دام الدين مستغرقا وان كان
فالاولى ان لا يصالح قبل قضائه لتقدم حاجة الميت عليه ولو فعل
بصيغة المجهول قالوا يجوز اي الصلح وحكم في قاضيخان بعدم جوازه
مطلقا حيث قال ان كان على الميت دين فصولحت المراة عن ثمنها على شيء لا يجوز
هذا الصلح لان الدين القليل يمنع جواز التصرف في التركة فان طلبوا
الجواز فطريق ذلك ان يضمن الوارث دين الميت بشرط ان لا يرجع في
التركة او يضمن اجنبي بشرط براءة الميت انتهى والقسمة تجوز قياسا لان التركة
لا تخلو عن قليل الدين فيقسم نفيا للضرر عن الورثة لا استحسانا لان
الدين يمنع تملك الوارث اذ ما من جزء الا وهو مشغول بالدين فلا يجوز القسمة
قبل قضائه وقيل القياس ان يوقف الكل والاستحسان ان يوقف قدر الدين
ويقسم الباقي كتاب المضاربة وهي في اللغة مشتقة
من الضرب في الارض وسمي هذا العقد مضاربة لان المضارب يسير في

الا رض غالبا طالبا للربح وفي الشرع شركة في الربح بمال من جانب وعمل
من جانب وبه تم معناها الشرعي واما احكامها فصيرورة المضارب امينا
بعد دفع المال اليه ووكيلا عند الشروع في العمل وشريكا له اذا ظهر الربح
وغاصبا ان خالف واليه اشار بقوله والمضارب امين فيما دفع اليه من
المال لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء
ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو امانة فاذا تصرف
فوكيل لانه يتصرف باذن مالكه فان ربح فشريك في الربح لانه تملك
جزء من المال وهو شايع فيشركه وان خالف فغاصب لانه تعدى على مال
الغير بغير رضاه وان شرط كل الربح له فمستقرض لانه لا يستحق كل الربح
الا اذا صار راس المال ملكا له وذلك لا يكون الا بتمليك المالك والتمليك يقتضي
ان لا يرد راس المال اليه كما في الهبة لكن لفظ المضاربة يقتضي الرد في
راس المال فجعلناه قرضا لاشتماله على المعنيين عملا بهما ولان القرض ادنى
التبرعات لانه يقطع الحق عن العين دون البدل والهبة تقطع عنهما وان شرط
الربح لرب المال فمستبضع لان المضارب لم يطلب لعمله بدلا وعمله لا يتقوم
الا بالتسمية فكان وكيلا متبرعا وان فسدت المضاربة بفساد شيء من
الشروط المعتبرة فيها فاجير لان المضارب يعمل لرب المال في ماله فيصير
ما شرط له من الربح كالاجرة على عمله واذا فسدت ظهر معنى الاجارة فله اجر
مثله ربح او لم يربح لانه لا يستحق المسمى لفساد العقد ولم يرض للعمل مجانا فله
اجر مثل عمله على ما هو مقتضى الاجارة ولا يزاد اي اجر المثل على ما شرط له من
الربح عند ابي يوسف وهو رواية عن الح وهذا لانه رضي بذلك المقدار
فلا يزاد على ما رضي خلافا لمحمد فانه قال يجب الاجر بالغا ما بلغ وان لم يربح لان
تسليم العمل قد وجد منه فيستحق اجره وعن ابي يوسف لا يجب له شيء اذا لم يربح
اعتبارا بالمضاربة الصحيحة فانه فيها اذا لم يربح لا يستحق شيئا ففي الفاسدة
اولى لان العقد الفاسد ياخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد
اجيب عنه بان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد

الجائز

الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة تنعقد
اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل ولا يضمن
المال فيها اي في المضاربة الفاسدة كما ايضا اي كما لا يضمن في الصحيحة
اعتبارا لها بها ولانه عين مستاجر في يده فلا يضمن كذا في الهداية
اي لان راس المال عين استوجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن
كاجير الوحد هكذا فسره في العناية ثم قال وهذا التعليل يشير الى ان
المضارب بمنزلة اجير الوحد من حيث انه اجير لا يمكن له ان يوجر نفسه في
ذلك الوقت لاخر لان الشخص الواحد لا يتصور ان يكون مستاجر المستاجرين
في وقت واحد انتهى فعلى هذا يلزم ان لا يضمن فيها بالاتفاق سواء تلف في
يده او بعمله كما هو حكم اجير الوحد على ما سياتي وقال بعض مشايخنا
القول بعدم الضمان فيها هو قول الح واختاره الطحاوي واما عندهما فيضمن
اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه كالغصب والسرقة وهذا بناء على ان
المضارب بمنزلة الاجير المشترك لان له ان ياخذ المال بهذا الطريق من
غير واحد والاجير المشترك اذا تلف المال في يده بغير عمل وصنع منه لا يضمن
عند الح سواء تلف بما يمكن التحرز عنه كالغصب والسرقة او لا يمكن
كالموت والحريق الغالب ويضمن عندهما ان تلف بما يمكن التحرز عنه وقال
الامام الاسبيجابي في شرح الكافي والاصح انه لا ضمان على قول
الكل لانه اخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد المضارب بصحت المضاربة
او فسدت امانة ولا تصح المضاربة الا بمال تصح به الشركة هذا شروع في
بيان شرط صحتها وهو ست احدها هذا وهو ان يكون راس المال مما تصح به
الشركة اعني ان يكون راس المال دراهم او دنانير عندهما وقال محمد يكون بالفلوس
ايضا لانه ثمن عنده لا عندهما وقال ابن ابي ليلى يجوز المضاربة بالمكيل والموزون
ايضا فانهما من ذوات الامثال فيمكن تقدير راس المال وثانيها ان يكون
الربح جزءا مشاعا من الجملة على ما سياتي في الكتاب وثالثها اعلام قدر
الربح من النصف او الثلث او الربع لان الربح هو المعقود عليه فجهالته توجب

فساد العقد ورابعها ان يكون المشروط للمضارب مشروطا من الربح لا من
راس المال حتى لو شرط له شيئا من راس المال او منه او من الربح فسدت
المضاربة وخامسها التخلية بين المضارب وبين راس المال وسياتي في الكتاب
ايضا وسادسها ان يكون راس المال معلوما بالاشارة او بالتسمية عند العقد
واما المضاربة بالدين او العروض فصحيحة بوجه وفاسدة بوجه اما الفاسدة
في الدين فهو ان يكون له دين على رجل فقال له اعمل مضاربة فمالي عليك
من الدين بالنصف لا تصح المضاربة بالاجماع ويكون ما اشتراه له والدين
في ذمته كما كان عند ابي ح وعندهما الوكالة صحيحة وما اشتراه لرب المال
وله اجر مثله وانما فسدت المضاربة في هذه الصورة لان الدين
لا يصلح راسما للمضاربة لان المضاربة شرعت لاستنماء المال ولا يتصور
استنماء المال الا ان يكون المال عينا على ما تقدم في الشركة ومتى فسدت
المضاربة بقي امرا او توكيلا بالشراء بالدين الذي عليه وذلك لا يصح عنده
وعندهما يصح فوقع الشراء للموكل فيكون المشتري له وللوكيل اجر مثله واما
الفاسدة في العروض فبان قال خذ عبدي هذا او عروضي هذه مضاربة
بالنصف على ان راس مالي قيمته فالمضاربة فاسدة لانه اضاف المضاربة
اولا الى العبد ثم اضاف الى قيمته فالمضاربة على كليهما فاسدة لان قيمة العبد
والعروض مجهولة وقت العقد فيمنع صحة العقد واما وجه صحة المضاربة
بهما فاشار اليه اولا في العروض بقوله وان دفع عرضا وقال بعه واعمل في
ثمنه مضاربة جازت لان عقد المضاربة تشتمل على التوكيل والاجارة وكل
منها يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل صحت ان يكون عقد المضاربة كذلك
لئلا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة اطلق في الثمن فيشمل الدراهم والدنانير
فلو باعه باحدهما وعمل به فالمضاربة جائزة بالاتفاق ولو باعه بالفلوس
وعمل به فالمضاربة فاسدة عندهما جائز عند محمد ولو باعه بالمكيل او بالموزون
وعمل به فالمضاربة فاسدة عندهم جائزة عند ابن ابي ليلى على ما تقدم واشار
الى وجه صحتها في الدين بقوله وقال اقبض مالي على فلان واعمل فيه مضاربة

جازت ايضا لانه وكله بقبض دين له على غيره واضاف المضاربة الى المقبوض
الذي هو امانة في يده وكلاهما جائز لما تقدم ان المضاربة وما يشتمله تقبل
الاضافة الى زمان مستقبل بخلاف ما لو قال اعمل مضاربة بالدين الذي
عليك فانه لا تصح على ما تقدم واشار بقوله واعمل فيه اي في المقبوض
الى انه لو عمل قبل قبضه الدين كله تصح المضاربة لما في المحيط لو قال
اقبض ديني عن فلان ثم اعمل به مضاربة فعمل قبل ان يقبض كله ضمنه ولو قال
فاعمل به لا يضمن والفرق ان كلمة ثم في اللغة للترتيب والتراخي فصار الاذن
بالعمل مضافا الى ما بعد القبض كانه قال اقبض الدين ثم اعمل به فلا يصير
ماذونا في العمل قبل قبض الكل واما كلمة الفاء والواو للعطف والاشتراك
لا للترتيب فيقتضي وجودها كيف ما وجد معا او متعاقبا فلم يتاخر الاذن عن
القبض بمقتضى حرف العطف وانما يتاخر ضرورة انه لا يمكنه العمل قبل القبض
واذا وجد قبض البعض وامكنه العمل يصير ماذونا واما اذا قال اقبض ديني
لتعمل به مضاربة بالنصف او تعمل به لا يصير ماذونا ما لم يقبض الكل لان
قوله لتعمل او تعمل به لا يستقيم الابتداء به فيعتبر متعلقا بما قبله حتى لا يلغو فاذا
اعتبر متعلقا بما قبله صار احدهما بمنزلة الشرط والآخر بمنزلة الجزاء فجعلنا
القبض شرطا والعمل جزاء له لان العمل لا يصلح شرطا للقبض والقبض يصلح
شرطا للعمل فصار كانه قال ان قبضت الدين فاعمل به مضاربة ولو نص على
ذلك ما لم يقبض الكل لا يثبت الجزاء وهو الاذن بالعمل فكذا هذا بخلاف قوله واعمل
به لانه مما يستقيم الابتداء به فلا يصير متعلقا بما قبله والواو لا يوجب التاخير
فلا يتاخر الاذن عن القبض انتهى ما في المحيط وسياتي زيادة بيان له وشرط
تسليم المال الى المضارب بلا يد لرب المال فيه يتصرف ويعمل لان المال
امانة في يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة بخلاف الشركة لان المال
في المضاربة من جانب والعمل من جانب ولا بد من التخلص للعمل ليتمكن من
التصرف فيه وبقاء يد غيره يمنع التخلص واما الشركة فالعمل فيها من الجانبين
فلو شرط خلوص اليد لاحدهما انتفى الشركة عاقدا كان رب المال او غير عاقد

كالصغير اذا عقدها اي المضاربة له وليه او وصيه تركه اكتفاء واحد الشريكين
عطف على الصغير اذا عقدها الآخر يعني اذا عقد المضاربة احد المتفاوضين او
احد شريكي العنان ولم يسلم المال الى المضارب وشرط عمل صاحبه فسدت المضاربة
لما ذكرناه وكون الربح عطف على تسليم المال بينهما مشاعا كالنصف والثلث والربع
كذا في المحيط بكونه مشاعا بينهما لان لا يستحق احدهما في الربح دراهم
مسماة لان شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها والمنافي لشرط جواز
الشيء مناف له ايضا فتفسد اي اذا شرط كون الربح مشاعا بينهما فقد تفسد
المضاربة ان شرط لاحدهما عشرة دراهم مثلا اي من الربح واذا فسدت
فله اجر مثله هذا ولما كان من الشروط ما يفسد به العقد ومنها ما لا يفسد
به العقد بل يفسد الشرط في نفسه ويبقى المضاربة صحيحة اراد ان يشير
الى ذلك بامر جلي فقال وكل شرط يوجب جهالة الربح كما اذا قال رب المال
لك نصف الربح او ثلثه وشرطا ان يدفع المضارب داره الى رب المال
ليسكنها او ارضا سنة ليزرعها كذا في العناية يفسدها اي المضاربة لانه
جعل بعض الربح عوضا عن عمله والبعض الآخر عوضا عن اجر داره وارضه
ولا يعلم حصة العمل حتى يجب حصته ويسقط حصة ما اصاب منفعة الدار
والارض فيفضي الى المنازعة وما اي شرط لا يوجب جهالة الربح فلا يفسد
المضاربة به ويبطل الشرط كشرط الوضيعة اي الخسران على المضارب او على
رب المال او عليهما كذا في العناية وكاشتراط رب المال ان يدفع رب المال
اليه داره ليسكنها او ارضه ليزرعها على عكس ما سبق فانها شروط لا يوجب
جهالة الربح ولا قطع الشركة فتبطل في نفسها ولا يسري الفساد الى
العقد بل يبقى العقد صحيحا لان المضاربة لا تبطل بالشروط الفاسدة
على ما تقدم قبيل كتاب الصرف فظهر ان ههنا شروطا لصحة المضاربة
وهي ستة على ما ذكرناه وشروطا تفسد المضاربة بها بل تبطل تلك الشروط
في نفسها ويبقى العقد على الصحة كما نراه ومما ينبغي ان يعلم ههنا انه لو شرطا
في المضاربة بعض الربح لغيرهما فهل تفسد المضاربة به ام لا في المحيط

السرخسي لو شرطا في المضاربة بعض الربح لغيره فلا يخلو اما ان كان المشروط
له عبد المضارب او عبد رب المال او اجنبيا او قضاء دين احدهما او للمساكين
او الحج فان كان المشروط له عبد احدهما بان دفع الفا مضاربة على ان ثلث
الربح له وثلثه للمضارب وثلثه لعبد المضارب او لعبد رب المال صح الشرط
ثم ينظر ان لم يكن على العبد دين وجب الوفاء بالشرط شرط عمل العبد في
المضاربة او لم يشترط لان ما شرط للعبد مشروط لمولاه لان الملك يثبت
للمولى لا له لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد اذ ليس له عمل ولا راس مال
امكن تصحيحه لمولاه لان عقد المضاربة قد جرى بين رب المال وبين المولى
فامكن ان يجعل المشروط للعبد باعتبار المعنى واقعا لمولاه فصار وكان
المولى شرط لنفسه الثلثين من الربح وان كان عليه دين ان شرط عمله جاز
كما لو شرط بعض الربح لاجنبي وشرط عمله في المضاربة صح الشرط فهذا
اولى وان لم يشترط عمله ينظر ان شرط ثلث الربح لعبد المضارب لا يصح عند
ابح ويكون الثلثان لرب المال وعندهما يصح ويكون للمضارب لان عنده
المولى لا يملك كسب عبده المديون فلا يكون المشروط للعبد مشروطا للمولى
فتعذر تصحيحه لا في حق العبد ولا في حق المضارب فبطل الشرط وعندهما
المولى يملك كسب عبده المديون فيكون المشروط للعبد المديون مشروطا
للمضارب فصح واما اذا شرط لعبد رب المال يكون الثلثان لرب المال بالاجماع
وان كان شرطا بعض الربح لاجنبي فان شرطا عمله صح لانه يصير مضاربا
مع الاول فيصح وان لم يشترطا عمله لا يصح ويكون المشروط له لرب المال
وكذلك لا يصح لو شرطا بعض الربح لامراة المضارب او لمكاتبه او لمواليه
او لمن لا تقبل شهادته له لان الاملاك متباينة بينه وبين هؤلاء فالمشروط
لهؤلاء لا يكون مشروطا للمضارب ولم يشترط عمل هؤلاء فلا يصح الشرط
وان شرطا ثلث الربح لقضاء دين المضارب او دين رب المال صح الشرط ويدفع
اليه ولا يجبر على دفعه الى غرمائه لان المشروط لقضاء دينه مشروط له
معنى لان منفعته تعود اليه وهو براءة ذمته من الدين فصار مشروطا له معنى

ولو شرط ذلك للمساكين او في الحج او في الرقاب لم يصح الشرط لانه ليس
للمشروط له عمل ولا راس مال فيكون لرب المال كذا في المحيط وسياتي
الاشارة اليه في الباب الاتي من الكتاب ثم اعلم ان ما يفعله المضارب ثلثة
انواع نوع يملكه بمطلق العقد وهو ما يكون متعارفا بين التجار ونوع لا يملكه
بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك او اذن له صراحة ونوع لا يملكه
بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك الا ان ينص عليه فذكر هذه الانواع
الثلثة فقال وللمضارب في مطلقها اي ما لا يكون مقيدا بزمان ومكان
ولا بشخص ولا نوع نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة بالنصف
ولم يزد على ذلك ان يبيع ويشتري اي بالنقد والنسيئة ما لم يكن اجلا
لا يبيع اليه التجار فانه لا يجوز على ما سيصرح به في الكتاب واطلق
في الهداية كلا من البيع والشراء ههنا ولم يقيد بقيد اصلا وفسر اطلاقه
في العناية بالنقد والنسيئة ولم يقيد النقد بما لا يتغابن الناس فيه ولا
النسيئة بما لا يبيع اليه التجار كما قيدناه وفصل في قاضيخان كلا من البيع
والشراء فقال رجل دفع الى رجل مالا مضاربة بالنصف فهي مضاربة مطلقة
له ان يشتري ما بدا له من سلع التجارة بالنقد والنسيئة فان اشترى
شيئا بما لا يتغابن فيه الناس يكون مخالفا قال رب المال اعمل فيه برايك
او لم يقل لان الغبن الفاحش تبرع وهو مامور بالتجارة لا بالتبرع ولو باع
مال المضاربة بما لا يتغابن فيه الناس او باجل غير متعارف جاز عند ابي حنيفة خلافا
لصاحبيه كالوكيل بالبيع انتهى وفي البزازية وفي المضاربة المطلقة له
شراء السفن لا في المقيدة ثم قال بعد ورقة والمضارب يملك الشراء الفاسد
لو كان المشتري ما يملك بالقبض لحصول الربح ولا يملك شراء الدم والميتة والخمر
والخنزير وام الولد والمدبر بعلم ذلك اولا لعدم حصول الربح لعدم امكان
بيعه انتهى ويوكل بهما اي بالبيع والشراء وله ايضا ان يوكل بكل ما جاز له ان
يعمل بنفسه من الايداع والرهن والارتهان والابضاع والايجار والاستيجار
وقبول الحوالة على ما صرح به في قاضيخان حيث قال بعد ذكر جواز هذه التصرفات

له

له وما جاز له ان يعمل بنفسه جاز له ان يوكل غيره بذلك فالاولى ان يذكر
هذا اللفظ بعد ذكر التصرفات المذكورة كما وقع في قاضيخان وله الاخذ
بالشفعة كما صرح به في البدايع وما وقع في مضاربة الاشباه نقلا عن البزازية
ان المضارب لا ياخذ بالشفعة فهو غلط منشاؤه ما وقع في بعض نسخ
البزازية من لفظ الشفعة بدل السفتجة كما وقع في بعض نسخ البزازية
كذلك يعني السفتجة وهو الصحيح لان المضارب لا يملك السفتجة ويملك
الشفعة ويسافر اي برا وبحرا في ظاهر الرواية على ما في قاضيخان وعن
ابي يوسف انه لا يسافر وان سافر فهلك المال في الطريق كان ضامنا وعنه
ايضا له ان يسافر الى موضع يقدر على الرجوع الى اهله في يومه ويبيت
عندهم نحو فرسخين او ثلثة وليس له ان يسافر سفرا مخوفا يتحامى الناس عنه
في قولهم جميعا وعنه ايضا عن ابي حنيفة ان رب المال ان دفع الى المضارب في
بلده ليس له ان يسافر عنه لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان
دفع اليه في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب اذ
الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه عالما بغربته كان
دليل الرضاء بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه وهذه الروايات كلها خلاف
ظاهر الرواية والاعتماد على ظاهر الرواية ويبضع اي يدفعه بضاعة ويودع
اي يدفعه وديعة ويرهن اي يدفعه رهنا هكذا ذكره في المحيط وقاضيخان
والخلاصة والبزازية ثم قال في البزازية بعد صحيفة ولا يملك المضارب الاستدانة
وان رهن من متاع المضاربة بما استدان ضمن لاقتصار الدين لزوما عليه
فاذا رهن من متاع المضاربة فقد اوفى دينه الخاص من مال رب المال
انتهى فظهر منه ان قوله ويرهن ليس على اطلاقه بل لا بد ان يستثنى منه ما
في البزازية ويرتهن اي يقبل به الرهن ويوجر اي يدفعه اجارة ويستاجر
الاجراء لحفظ المال ويستاجر الدواب للحمل ويستاجر المكان والسفن
للحفظ ايضا ويحتال بالثمن اي يقبل الحوالة به على الايسر اي الغني وغيره اي
الفقير والاصل في هذا ان المقصود من المضاربة هو الاسترباح وهو

لا يحصل الا بالتجارة وكل من هذه التصرفات من صنيع التجار فالعقد باطلاقه
ينتظم جميعها ولو ابضع المضارب اي دفع مال المضاربة بضاعة رب المال
معقول ابضع صح لان البضاعة من صنيع التجار وكونه رب المال لا يمنعه لوجود
المقتضي وانعدام المانع ولا تفسد به المضاربة خلافا لزفر فانه قال تفسد به
لانه يكون متصرفا في مال نفسه لنفسه فيكون مستردا ولنا ان التخلية
التي هي شرط صحتها قد حصلت وصارت التصرفات حقا للمضارب وصار رب
المال في حق التصرف كالاجنبي فاذا ابضع رب المال صار كانه وكل اجنبيا
في التصرف فيصح فلما صح توكيله لم يكن اخذ رب المال استردادا بخلاف شرط
العمل على رب المال ابتداء فانه يمنع التخلية والتسليم فلم يوجد الشرط وبخلاف ما
اذا دفع مال المضاربة الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد
شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال للمضارب هنا حتى يدفعه الى
رب المال مضاربة فلو جوزناه لادى الى قلب الموضوع وعكس المشروع واذا
لم يصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة الاولى وليس له اي
للمضارب في المضاربة المطلقة ان يضارب اي ان يدفع مال المضاربة مضاربة
لكنه لو دفعه مضاربة لا يضمن بنفس الدفع الى الثاني بل ان عمل الثاني بيعا او شراء
صار مخالفا ورب المال بالخيار في تضمين الاول او الثاني فان ضمن الثاني رجع على
الاول وان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول والثاني كذا في البزازية وهل له
ان يمسك مال المضاربة ولا يبيع لتوقع فائدة كثيرة في اواخر مضاربة البزازية
اشترى المضارب متاعا فقال له رب المال بعه واباه المضارب واراد امساكه
حتى يظفر بربح كثير ليس له ذلك الا ان يعطي رب المال ماله ان لم يكن فيه ربح
فيملك المضارب امساكه ثم ان كان في المال ربح يجبر المضارب على البيع
لانه اجير الا اذا اعطى رب المال حقه فلا يجبر المضارب وان لم يكن فيه ربح لا يجبر
على بيعه ايضا ويقال لرب المال اما ان تاخذه براس مالك او تبيعه لتصل
الى مالك انتهى الا باذن رب المال او بقوله له اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله
ولا يرد جواز اذن الماذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستاجر

في

في مدة ما استاجره والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها
امثال لما يجانسها وقد تضمنت امثالها لان المضاربة تتضمن الامانة والوكالة ثانيا
وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره الا بالاذن
ويصرح قوله اعمل برايك بخلاف الايداع والابضاع والرهن والارتهان والاستيجار
لانها دونه فتضمنها ولا ان يقرض وفي قاضيخان ولا ياخذ سفتجة بمال المضاربة
ولا يدفع مال المضاربة بسفتجة وان كان رب المال قال له اعمل فيه برايك الا ان
ياذن له بالسفتجة نصا وذكر فيه ايضا قبل هذه المسألة ولا ان يشارك
شركة عنان او مفاوضة ولا ان يخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره ولو كان
رب المال قال له اعمل فيه برايك جاز له ان يدفع الى غيره مضاربة ويشارك
ويخلط ماله بمال المضاربة ولو دفع مال المضاربة الى رجل ولم يقل اعمل برايك
الا ان معاملة التجار في تلك البلاد ان المضاربين يخلطون المال ولا ينهاهم رب
المال عن ذلك فعمل في ذلك قالوا ان غلب التعارف بينهم في مثل هذا نرجو ان
لا يضمن ويكون المضاربة بينهما على العرف لو خلط مال نفسه بمال المضاربة ضمن
عليه وكذا لو شارك مع غيره شركة عنان او خلط ضمن ويصح بينهما وهذا اذا لم يقل
اعمل برايك فلو قيل له فله ان يخلط فاذا ربح قسم الربح بين المالين فربح ماله
خاصة وربح المضاربة على شرطهما انتهى كذا في فتاوى الاسروشني وليستدين
اي على مال المضاربة وذلك بان يشتري سلعة باكثر من مال المضاربة دينا في
ذمته كان قال له رب المال اعمل فيه برايك او لم يقل الا ان ياذن له بالاستدانة
نصا كذا في قاضيخان واذا لم يكن له ان يستدين على مال المضاربة فليس له ان
يرهن من متاع المضاربة فيما اذا استدان ولو رهن فيما استدان ضمن على ما
صرح به في البزازية وقد ذكرناه من قبل عند قوله ويرهن او يهب او يتصدق
الا بتنصيص اي ليس للمضارب هذه التصرفات وان قال له رب المال اعمل برايك
الا ان ينص عليها اما القرض والهبة والتصدق فلانها تبرعات فلا يحصل بها
ما هو المقصود وهو الربح واما الاستدانة فلانه يصير المال زائدا على ما انعقدت
عليه المضاربة وهو لا يرضى به ولا باشتغال ذمته بالدين فان شرى اي

اذا لم يكن للمضارب ان يستدين على مال المضاربة فان شرى بمالها اى بمال المضاربة
بزا بفتح البا ثم الزاء المعجمة نوع من الثياب وقصره من القصارة اى قصره بالماء
او غيره او حمله من موضع الى موضع بماله فهو اى المضارب متبرع لانه لو لم يكن متبرعا لجاز
على رب المال فيكون مستدينا عليه وليس للمضارب ان يستدين عليه على ما تقدم
وان وصلية قيل اعمل برايك لان المراد منه هو التعميم فى مال المضاربة لا ما يزيد
عليه ما ليس من اعمال المضاربة وله اى للمضارب فى المضاربة المطلقة الخلط اى
خلط مال المضاربة بماله وبمال غيره ايضا على ما فى قاضيخان والبزازية والصبغ
ان قيل له ذلك اى اعمل برايك فلا يضمن به لانه فعل ما اذن به لدخوله تحت قوله
اعمل برايك ولو لم يقل بذلك وصنع يصير المضارب غاصبا وصاحب الثوب بالخيار
ان شاء ضمن المضارب قيمة ثوبه ابيض يوم صبغه وان شاء اخذ الثوب واعطى
قيمة ما زاد الصبغ يوم الخصومة وهذا اذا لم يكن فى مال المضاربة فضل واما
اذا كان فيها فضل فبقدر ما كان حصة المضارب من الثياب لا يضمن كذا فى
شرح الوقاية للاسود وكذا يضمن بالخلط بماله فيما اذا لم يقل اعمل برايك اذا لم يكن
الخلط معتادا فى تلك البلدة والا لم يضمن به ويصير اى المضارب شريكا اى
لرب المال بما زاد الصبغ لحمرا او اصفر بخلاف الاسود فانه نقصان عنده وحصته
اى حصة الصبغ له اى للمضارب لان الصبغ بالكسر عين مال قائم بالثوب وهو له
فكذا حصته بخلاف القصارة والحمل لانهما ليسا بمال قائم اذا بيع الثوب المصبوغ
وحصة الثوب اى حصة كونه ابيض فى المضاربة اى باق على المضاربة حتى لو كانت
قيمة الثوب غير مصبوغ الفا ومصبوغ الفا ومايتين كان الالف للمضاربة والمايتان
للمضارب حصة ماله وهو الصبغ قال فى قاضيخان ولو دفع مال المضاربة الى رجل
ولم يقل له اعمل برايك الا ان معاملة التجار فى تلك البلدان المضاربين يخلطون
المال ولا ينهاهم رب المال عن ذلك ففعل فى ذلك قالوا ان غلب بينهم فى مثل هذا
رجوا ان لا يضمن ويكون المضاربة بينهما على العرف رجل دفع الى غيره مال المضاربة
ثم ان المضارب شارك رجلا لاخر بدراهم من غير مال المضاربة ثم اشترى المضارب
وشريكه عصيرا من شركتهما ثم جاء المضارب بدقيق من مال المضاربة فاتخذ منه

ومن العصير فالوذج قالوا ان اتخذ الفالوذج باذن الشريك ينظر الى قيمة الدقيق
قبل ان يتخذ منه الفالوذج والى قيمة العصير فما اصاب حصة الدقيق فهو على المضاربة
وما اصاب حصة العصير فهو بين المضارب وبين الشريك لكن هذا اذا كان رب
المال قال له اعمل فيه برايك فان لم يكن قال له ذلك وفعل المضارب ذلك بغير اذن
الشريك فالفالوذج يكون للمضارب وهو ضامن مثل الدقيق لرب المال ومثل حصة الشريك
من العصير للشريك وان كان رب المال اذن له فى ذلك والشريك لم ياذن
فالفالوذج يكون للمضارب والمضارب ضامن حصة شريكه من العصير وان كان
الشريك اذن له فى ذلك ورب المال لم ياذن فالفالوذج يكون بينه وبين الشريك
وهو ضامن لرب المال مثل الدقيق ولو اشترى المضارب دقيقا بمال المضاربة فاعطى
رب المال دقيقا لخبز وقال له اخلط بهذا الدقيق على سبيل ما تواضعنا فخلط ثم
باع الكل قالوا لو مقدار ثمن دقيق المضاربة على ما اشترطا فى عقد المضاربة ومقدار
ثمن الدقيق الاخر كله يكون لرب المال بربحه وعليه وضيقته وللمضارب اجر مثله
عمله فيما تصرف فى ذلك من بيعه على ما قاله ابو بكر البلخى وقال ابو الليث انما يكون
للمضارب اجر مثله اذا لم يكن خلط الدقيق بمال المضاربة اما اذا خلطهما فلا اجر له
لانه عمل فى شئ هو شريك فيه وان قيدت اى المضاربة شروع فى بيان المضاربة
المقيدة ببلد او سلعة او وقت او معامل فليس له ان يتجاوز تلك القيود كما فى الشركة
وهذا لانها تتضمن الوكالة والتوكيل فى شئ معين يخصصه وفى التخصيص بتلك
القيود فائدة لان التجارات تختلف باختلاف الامكنة والامتعة والاوقات
والاشخاص فيجب رعايتها توفيرا لما هو المقصود وهو الربح وليس له ايضا ان
يبضع من يخرجها من تلك البلدة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى
غيره ايضا وان تجاوز بان اخرج الى غير تلك البلد فاشترى او اشترى سلعة
غير ما عينه او فى وقت غير ما عينه او باع من غير من عينه ضمن وكان ما اشتراه
والربح له وعليه وضيقته لانه تصرف فى ملك غيره بخلاف امره فصار
غاصبا وان لم يتصرف فيه ورده الى البلد الذى عينه برئ من الضمان لانه امين
خالف ثم عاد الى الوفاق كالمودع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة

علىحاله لبقائه بالعقد السابق واذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه واخرج
البعض منه ولم يشتر به ثم رده الى الذي عينه كان المردود والمشترى في المصر
على المضاربة لما ذكرناه من البقاء في يده بالعقد السابق واما اذا اشترى ببعضه
فيه وببعض اخر في غيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه
وضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك القدر والباقي على المضاربة فان قيل الصفقة
متحدة وفي ذلك تفريقها قلنا ان الجزء معتبر بالكل واذا اشترى كله في البلد
الذي عينه بقي المضاربة على حالها فكذا اذا اشترى بجزئه وتفريق الصفقة
موضوع اذا استلزم ضررا ولا ضرر عند الضمان فان قال له عامل اهل الكوفة
او الصيارفة اي دفع المال الى المضارب وقال له هذا اللفظ فعامل المضارب
في الكوفة غير اهلها او صارف مع غير الصيارفة لا يكون مخالفا لان فائدة
التقييد باهل الكوفة هو التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشترى بها فقد وجد
ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفائدة التقييد بالصيارفة هو التقييد بالنوع
وهو الصرف وقد وجد ذلك فلا معتبر بغيره ومقتضى اللفظ قد يعدل عنه
بدلالة العرف والعرف فيما قلنا وكذا اي لا يكون مخالفا لو قال رب المال اشتر
في سوقها اي سوق الكوفة فاشترى في غيره اي غير سوقها لان المصر
مع تباين اطرافها كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد بخلاف قوله لا تشتر في غير
السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه فيعمل به فان قيل انه منقوض بما لو قال خذه على
ان تبيع بالنسيئة ولا تبع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا مع انه صرح بالحجر
قلنا ان التقييد بقيد اما مفيد من كل وجه او غير مفيد من كل وجه او مفيد من
وجه غير مفيد من وجه والاول مقبول والثاني لغو والثالث مقبول عند النهي
لغو عند السكوت عنه فالاول كالتقييد ببلد وسلعة ووقت وقد تقدم والثاني
كصورة النقض والثالث كصورة التقييد بالسوق فانه مفيد من حيث ان البلد
ذات امكان تختلف حقيقة وهو ظاهر وحكما فانه اذا شرط الحفظ على المودع
في محلة ليس له ان يحفظ في غيرها وقد تختلف الاسعار ايضا باختلاف
اماكنه وغير مفيد من حيث ان المصر مع تباين اطرافه جعل كمكان واحد كما اذا شرط

الايفاء

الايفاء في السلم بان يكون في المصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح
بالنهي عنه لكونه ولاية الحجر عليه ولم نعتبر حالة السكوت عنه فالنقض باحدى
الصورتين على الاخر ليس في شيء من محل النقض وان قال خذ هذا المال تعمل به
في الكوفة او فاعمل به فيها او خذه بالنصف فيها فهو تقييد بخلاف خذه واعمل به
فيها اعلم ان ههنا ستة الفاظ تفيد تقييدا ولفظين لا تفيد تقييدا بل تعتبر
مشورة والضابط لتمييز ما يفيد التقييد عما لا يفيده ان رب المال اذا اعقب
لفظ المضاربة كلاما لا يصح الابتداء به ويصح متعلقا بما تقدم جعل متعلقا به
لئلا يلغو واذا اعقبه ما يصلح الابتداء به لم يجعل متعلقا بما تقدم لانتفاء الضرورة
فيحمل على المشورة وعلى هذا اذا قال خذ هذا المال على ان تعمل كذا او في مكان
كذا او في زمان كذا او تشتري كذا او قال خذه تعمل به في الكوفة مجزوما ومرفوعا
وكلام المص يحتملها او قال فاعمل به بالكوفة او قال خذه بالنصف بالكوفة او قال
لتعمل به بالكوفة ولم يذكره المص لان قوله تعمل بالرفع يعطي معناه فقد اعقب
لفظ المضاربة في هذه الصور الست بما لا يصح الابتداء به فانه لا يصح الابتداء
بقوله على ان تعمل كذا وبقوله تعمل به في الكوفة وبقوله فاعمل به فيها وكذا
بغيرها وهو ظاهر لكنه يصح جعله متعلقا بما قبله فجعل قوله على ان تعمل كذا شرطا
والمعلق من الشرط معتبر وهو تقييد صيانة للمال لما ذكرناه من ان التجارات
تختلف باختلاف الامكنة والاوقات والاشخاص وقوله تعمل به في الكوفة
تفسير لقوله خذ هذا المال اي مضاربة وقوله فاعمل به في الكوفة في
معناه لان الفاء فيها للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له وكذا
قوله خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق ويقتضي الصاق موجب
كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة بان يكون العمل فيها وقوله خذه واعمل
به في الكوفة بواو وكذا بغير واو فقد اعقب فيه ما يصح الابتداء به اما بغير
واو فظاهر واما بواو فلان الواو مما يجوز الابتداء فاعتبر كلاما مبتدا فيجعل
مشورة كانه قال ان فعلت كذا كان انفع فان قيل فلم لم يجعل الواو للحال
كما في قوله اد الي الفا وانت حر قلنا لعدم صلاحيته لذلك ههنا لان

العمل بعد الاخذ لا حال الاخذ فلا مفارقة قال في البزازية في الالفاظ
ما يكون شرطا سنة دفعت على ان تعمل بخوارزم او ليعمل بها بخوارزم او يعمل
بها مجزوما او مرفوعا او فاعمل في خوارزم او قال دفعت اليك مضاربة
بخوارزم ولو قال دفعت مضاربة فاعمل بخوارزم او اعمل بها مشورة لا تقيد
انتهى وللمضارب اى في مطلقها ان يبيع بنسيئة ما لم يكن لاجل لا يبيع
اليه التجار لدخوله تحت اطلاق العقد بخلاف الاجل الذى لا يبيع اليه التجار
كان باع الى عشر سنين على ما ذكر في النهاية فانه لا يجوز لخروجه عن
صنيع التجار فلا يشمله العقد وله ايضا ان يبيع بما لا يتغابن الناس
عند ابى ح اذا قيل اعمل برايك خلافا لهما حيث لا يجوز بما لا يتغابن الناس
عندهما على ما صرح به في المحيط وقاضيخان والبزازية ولو اشترى بما لا يتغابن
الناس فيه لا يجوز بالاتفاق قال اعمل برايك او لم يقل لانه تبرع وله ايضا
الشراء الفاسد لو كان مما اشتراه مما يملك بالقبض لحصول الربح ولا يملك
شراء ما لا يملك بالقبض كالدم والميتة والخمر والخنزير وام الولد والمدبر
يعلم بذلك اولا لعدم حصول الربح وان باع بنقد ثم اخر صح اجماعا لان
الوكيل يملكه فكذا المضارب غير ان الوكيل اذا اخر الثمن يضمنه والمضارب
لا لانه يملك اقالة العقد ثم البيع بنسيئة لا الوكيل كذا في البزازية وله ان
ياذن لعبد المضاربة في التجارة لانه بمنزلة الابضاع وله ذلك [illegible]
فكذا هذا وعن محمد انه ليس له ذلك كالمضاربة قلنا المضارب يصير شريكا
والعبد لا يصير شريكا له فافترقا كذا في الزيلعي قال في المحيط اذن
المضارب للعبد في التجارة جائز على رب المال في ظاهر الرواية لان
الاذن من صنيع التجار فيملكه المضارب ويملك العبد الماذون من جهة
المضارب ما يملك المضارب من التصرفات دون ما لا يملكه وان اشترى
ذلك العبد الماذون عبدا من تجارته فجنى لا يدفعه ولا يفديه حتى يحضر
المضارب او رب المال لانه لا يملك ان يفعل ما لا يملكه المضارب بنفسه
وليس له ان يزوج عبدا او امة من مالها اى من مال المضاربة وعن ابى يوسف

انه يزوج الامة لانه من الاكتساب لانه يصل الى مهرها والى سقوط نفقتها عنه بخلاف
تزويج العبد فان فيه اشغال رقبته بالدين واستحقاق بيعه به ولهما انه
ليس من باب التجارة فلا يدخل تحت اطلاق العقد لان العقد لا يتضمن الا
التوكيل بالتجارة لا غير وصار كالكتابة والاعتاق على مال فانه اكتساب
ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت عقد المضاربة فكذا هذا وهل للمضارب
ان يتزوج امة من مال المضاربة ففي قاضيخان ولو تزوج المضارب امة
للمضاربة فان كان في المال ربح لا يجوز له نكاحها اذن له رب المال او لم ياذن
فان لم يكن في المال ربح فان تزوجها باذن رب المال جاز وتخرج الامة من
المضاربة وتصير محسوبة عن راس مال المضاربة على رب المال لان المضاربة
انفسخت فيها لاقدامها على نكاحها وقال في المحيط وعن محمد لا يطأ رب المال
ولا المضارب جارية المضاربة ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة وان لم يكن فيها
فضل على راس المال ولا ان يشترى به من يعتق على رب المال بقرابة او بسبب
يمين بان يحلف رب المال على عتقه ان ملكه وهذا لان عقد المضاربة شرع
لتحصيل الربح وذلك بالبيع بعد الشراء وفي التصرف فيه مرة بعد اخرى
والعتق ينافيه بخلاف الوكيل بشراء العبد حيث يجوز له ان يشترى من يعتق
على الموكل لان التوكيل هناك مطلق فيجرى على اطلاقه وهنا مقيد بما يمكن
التجارة فيه حتى لو وجد في الوكالة ايضا ما يدل على التقييد بان قال اشتر لى
عبدا ابيعه او جارية اطاها كان الحكم كذلك فان اشترى كان مشتريا للمضارب
لا لها اى لا للمضاربة لان الشراء اذا لم يجد نفاذا على رب المال نفذ على المشترى
ولا ان يشترى من يعتق عليه اى على المضارب ان كان في المال ربح لانه
يعتق نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف الذى مر
في العتق بين ابى ح وصاحبيه فيمتنع التصرف فيه والمراد بظهور الربح هنا
ان يكون قيمة العبد المشترى اكثر من راس المال سواء كان في جملة مال المضاربة
ربح او لا لانه اذا كان قيمة العبد مثل راس المال لا يظهر ملك المضارب فيه
بل يجعل مشغولا براس المال حتى اذا كان راس المال الفا وصار عشرة الاف ثم اشترى

المضارب ممن يعتق عليه وقيمته الف او اقل لا يعتق عليه وكذا لو كان له ثلاثة
اولاد او اكثر وقيمة كل واحد الف او اقل فاشتراهم لا يعتق واحد منهم لان كل واحد
مشغول برأس المال ولا يملك المضارب منهم شيئا حتى تزيد قيمة كل واحد على رأس
المال على حدة من غير ضمه الى الآخر قال في المحيط وليس للمضارب ان يكاتب لان الكتابة
ليست بتجارة فان كاتب وليس فيه فضل فما اداه يكون من مال المضاربة
فلا يعتق ولو كاتب وفيه فضل يصح الكتابة في حصة المضارب عند ابي حنيفة
وابطلاه على المضاربة لان عنده الكتابة تتجزى كالعتق وعندهما لا تتجزى
فللآخر نقض الكتابة دفعا للضرر عن نفسه فان لم ينقض الكتابة حتى اداها عتق
نصيب المضارب عنده وعندهما يعتق الكل وما قبض المضارب من الكتابة فربعه له
وثلاثة ارباعه يكون على المضاربة فيستوفي رب المال رأس ماله من ثلاثة ارباع
الكتابة وما بقي يكون بينهما على الشرط انتهى فان فعل المضارب ذلك اي شرى من
يعتق عليه وفي المال ربح ضمن لانه صار مشتريا العبد لنفسه لعدم دخوله تحت
اطلاق العقد فيضمن بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن في المال ربح بان لم يكن
في قيمة العبد زيادة على رأس المال صح شراؤه للمضاربة لانه اذا لم تزد قيمته على رأس المال
لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه لكونه مشغولا برأس المال فيمكنه ان يبيعه للمضاربة
فيجوز الشراء فان حدث ربح بعد الشراء بان كان قيمته وقت الشراء قدر رأس المال
او اقل ثم زادت قيمته على رأس المال عتق نصيبه لانه ملك بعض قريبه ولا يضمن
لرب المال شيئا لانه لا صنع له فيه وانما عتق عليه نصيبه بطريق الحكم بسبب زيادة
القيمة بلا صنع منه فصار كما اذا ورثه مع غيره كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت
وتركت زوجا واخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن لاخيها شيئا لعدم الصنع منه
بل يسعى المعتق في نصيب رب المال وهو رأس المال وحصة رب المال
من الربح وهذا لانه احتبس مالية العبد عند العبد فيسعى فيه كما في الورثة
فان العبد لو كان موروثا بين اثنين واحدهما ابوه فالعبد يعتق عليه ويسعى في
نصيب الآخر ولا يضمن هذا ولو اشترى المضارب نصف قريبه بمال المضاربة ولا فضل فيه
ونصفه بماله صح عليهما لان هذا النصف لا ربح فيه فلم يثبت العتق فيه



فيه وانما دخل العتق فيه حكما بما اشتراه لنفسه فلم يصر مخالفا فلا يضمن بل
يسعى العبد لرب المال كذا في الزيلعي ولو اشترى المضارب بالنصف امة بالف
وهي مال المضاربة وقيمتها الف فوطئها المضارب فولدت ولدا يساوي قيمته الولد
الفا فادعاه المضارب انه ابنه موسرا اي حال يساره انما قيده به لنفي شبهة
هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد
وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فكان الواجب ان يضمن المضارب
اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن ووجه الدفع ان دعوة المضارب صحيحة
في الظاهر لصدورها عن اهلها في محلها حملا لها على الفراش بالنكاح بان
زوجها منه البائع ثم باعها منه وهي حبلى منه حملا لامره على الصلاح
ولكن لا ينفذ هذه الدعوى لعدم الملك وهو شرط فيه اذ كل واحد من
الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه وذلك لان مال
المضاربة اذا صار اجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر
الربح فيه والرقيق اجناس مختلفة عند ابي حنيفة قولا واحدا وعندهما ايضا في
رواية كتاب المضاربة واذا لم يظهر فيه ربح لم يكن للمضارب نصيب في الامة
ولا في الولد فلا ينفذ دعواه لان الثابت له مجرد حق التصرف وذلك
لا يكفي في نفاذ دعواه واذا لم ينفذ دعواه فلا ضمان عليه فان قيل
ان الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فتبقى كذلك بعده ويتعين
ان يكون الولد كله ربحا قلنا تعينها كان لعدم المزاحم لا لانها رأس المال
فان رأس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينها ولم يكن
احدهما اولى لذلك من الآخر فاشتغلا برأس المال دفعا للترجيح بلا مرجح
وهذا بخلاف ما اذا اشترى المضارب بالف المضاربة فرسين كل واحد منهما
يساوي الفا حيث يظهر الربح فيه حتى كان للمضارب ربحها حتى لو وهب
ذلك لرجل وسلمه صح وذلك لان الفرسين جنس واحد يقسمان جملة عندهما
واذا اعتبر اجله حصل البعض ربحا بخلاف العبدين فانهما جنسان عنده
فلا يقسمان جملة واحدة بل كل واحد يكون بينهما على حاله لعدم الاولوية

فلو يظهر الربح فصارت اى بعد الدعوة قيمته اى قيمة الولد الفا ونصفه اى نصف
الالف استسعاه رب المال في الف وربعه اعنى مائتين وخمسين او اعتقه
وذلك لانه لما ازدادت قيمة الغلام وصارت الفا ونصفه ظهر الربح فيه في
ذلك الوقت ونفذ لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح على ما ذكرناه الا
انها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا بخلاف ما
اذا اعتق المضارب الولد ثم ازدادت قيمته على راس المال حيث لا ينفذ اعتاقه
السابق لان الاعتاق انشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان
باطلا واذا بطل لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك واما الدعوة فاخبار
فاذا رد في حق غيره في حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته
فيه كما اذا اقر بحرية عبد لعبده برد اقراره فاذا ملكه بعد ذلك نفذ عليه
وصار حرا ولو اعتق عبد الغير ثم ملكه لا ينفذ عتقه فاذا نفذت دعوته فيه
صار الغلام ابنا له وعتق عليه بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم يضمن حصته
رب المال من الولد لان عتقه يثبت بالملك والنسب فصارت العلة ذات
جزئين والملك اخرهما وجودا فيضاف الحكم وهو العتق اليه على ما هو الاصل في
امثاله كما في مسئلة وضع القفيز الاخير في السفينة والقدح الاخير
فان الضمان يضاف الى القفيز الاخير في السفينة والسكر الى القدح الاخير
في الشرب ولا صنع للمضارب في الملك فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدى
منه اذ لا يجب ضمان العتق الا بالتعدى فاذا انتفى الضمان عنه كان رب المال
بالخيار بين الاستسعاء والاعتاق فان شاء استسعى الغلام لاحتباس
ماليته عنده وان شاء اعتقه لكونه قابلا للعتق فاذا اختار الاستسعاء استسعاه
في الالف ومائتين وخمسين لان الالف يستحق له براس المال ومائتين وخمسين
نصيبه من الربح فاذا قبض رب المال من الغلام الالف اى راس المال ضمن المدعى
اى المضارب نصف قيمة الامة لان الالف الماخوذ من الولد لما استحق براس
المال لكونه مقدما في الاستسعاء على الربح ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما
وقد نفذ المدعى نصيب رب المال منها بجعلها ام ولد بالدعوة السابقة فيضمن وضمان

التملك لا يستدعى صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل فيضمن نصيب رب المال موسرا
او معسرا لان ضمان التملك لا يختلف باليسار والاعسار كما اذا استولد جارية
بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وارثه فانه يضمن لشريكه نصيبه كالاخ تزوج
بجارية اخيه فاستولدها فمات المزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج
ولاخ اخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه
ضمان اعتاق وهو اتلاف فلا بد من التعدى وهو لا يتحقق بدون صنعه ولا
صنع له فيه على ما سبق هذا فيما اذا ازدادت قيمة الولد على الف ولو لم يزد قيمة
الولد على الف وزادت قيمة الام عليه حتى صارت تساوى الفا وخمسمائة
صارت الجارية ام ولد للمضارب ويضمن لرب المال الف درهم ومائتين وخمسين
درهما لانها لما زادت قيمتها ظهر الربح فيها وملك المضارب بعض الربح فنفذت
دعوته فيها ويجب عليه لرب المال راس ماله وهو الف ويجب عليه نصيبه
من الربح وهو مائتان وخمسون فاذا وصل اليه الف استوفى راس المال
وصار الولد كله ربحا فيملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه وما لم يصل
الى رب المال الالف فالولد رقيق ثم ياخذ منه مائتين وخمسين على انه نصيبه من
الربح ولو ازدادت قيمتها عتق الولد وصارت الجارية ام ولد له لان الربح ظهر
في كل واحد منهما وياخذ راس المال من المضارب لا رفا وجب عليه ايسر
المالين لانه معجل وهو موسر والسعاية مؤجلة والعبد معسر وياخذ منه
ايضا ما بقى من نصيبه من الربح ويضمن ايضا نصف عقرها لانه لما استوفى
راس المال ظهر انه ربح لان عقر مال المضاربة يكون للمضاربة ويسعى الغلام
في نصيب رب المال ويسقط منه نصيب المضارب كذا في الزيلعي **باب**

المضارب يضارب اى مع اخر فان ضارب المضارب اى دفع مال المضاربة
الى اخر مضاربة بلا اذن من رب المال فلا ضمان ما لم يعمل المضارب الثاني
في ظاهر الرواية وهو قولهما اى قول ابى يوسف ومحمد ثم رجع ابو يوسف
وقال يضمن بالدفع بدون اشتراط العمل وبه قال زفر لان ما يملكه المضارب
هو الدفع على سبيل الايداع لعدم الاذن بغيره ودفعه مضاربة ليس على وجه

الايداع فلا يملكه ولنا ان دفعه ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل
فكان الحال قبله موقوفا ان عمل ضمن والا فلا وفي رواية الحسن عن الامام رح
لا يضمن المضارب الاول بالعمل اي بعمل المضارب الثاني ايضا اي كما لا يضمن بمجرد
الدفع بدون العمل ما لم يربح المضارب الثاني وله ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده
ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما الا انه
اذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فصار مخالفا لاشتراك الغير في ربح
مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان كما لو خلطه بغيره ثم
وجوب الضمان عليه بالربح او بالعمل او بمجرد الدفع على ما ذكرناه فيما اذا كانت
المضاربتان صحيحتين واما اذا كانت احديهما فاسدة او كلاهما فلا ضمان على
واحد منهما لانها ان كانت الثانية هي الفاسدة صار اجيرا وللاول ان يستاجر
من يعمل في المال على ما تقدم وان كانت هي الاولى فكذلك الجواب لان
فسادها يوجب فساد الثانية لان الاولى لما فسدت صارت اجارة وصار
الربح كله لرب المال ولو صحت الثانية في هذه الحالة لصار الثاني شريكا
وليس للاجير ان يشترط ليشارك غيره بل المضارب لا يملك ذلك فكانت
فاسدة بالضرورة وكانا اجيرين وكذا اذا كانتا فاسدتين فاذا كانا
اجيرين لا يضمن واحد منهما بل له اجر مثله كذا في الزيلعي والعناية فعلى هذا
لا وجه لتخصيص الفساد بالثانية في قوله وان كانت الثانية فاسدة
فلا ضمان اي على واحد منهما وان ربح لما ذكرناه والحاصل انه لا ضمان على كل واحد
منهما سواء فسدت الثانية او الاولى او كلاهما غير انه اذا فسدت الثانية
يكون الاول مضاربا على شرطها والثاني اجيرا له اجر مثله واذا فسدت الاولى
او كلاهما يكون كل منهما اجيرا له اجر مثلها فان قيل الاجير ليس له ان يستاجر
للعمل فكيف جاز هنا للمضارب الاول ان يستاجر بعد ما فسدت الاولى
وهو اجير فيها قلنا الفاسد من العقود معتبر بالصحيح منها فلما كان له ان يستاجر
في المضاربة الصحيحة كان له ان يستاجر في الفاسدة ايضا وحيث ضمن
اي حيث لزم الضمان على المضارب فلرب المال تضمين ايهما شاء في المشهور من

الرواية

الرواية لان المضارب الاول صار غاصبا بدفعه الى غيره بغير اذن رب المال والمضارب
الثاني صار قابضا مال الغير بغير اذن صاحبه وكل من الامرين مدار الضمان
فيخير صاحبه ايهما شاء وهذا اتفاقي في المشهور وقيل على الخلاف في ايداع
المودع يعني ان ابا ح لا يوجب الضمان على مودع المودع وصاحباه يوجبان
فقال بعض مشايخنا ان ايجاب الضمان على المضارب الثاني جاز على اصل
الامامين في مودع المودع ولا يجب عند ابح كما لا يجب على مودع المودع
عنده فلا بد من بيان الفرق في المسئلتين على قول ابح المشهور وذلك
ان مودع المودع يقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه
لمنفعة نفسه فيضمن ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة الثانية لانه ملكه
بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما
اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بما ضمن لانه مغرور
من جهته كمودع الغاصب وتصح المضاربة الثانية بينهما والربح على ما شرطا
بينهما لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب
للاول لان الثاني يستحق بعمله ولا خبث في عمله والاول يستحقه بملكه المستند
باداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث لانه ثابت من وجه دون وجه
وسبيله التصدق وان اذن له اي للمضارب بالمضاربة فضارب المضارب
بالثلث وقد قيل له اي للمضارب الاول ما رزق الله تعالى بيننا نصفان
او قيل له ما رزق الله من نصفه او ما فضل فنصفان فنصف الربح لرب
المال وثلثه للثاني وسدسه للاول لان الدفع الى المضارب الثاني صحيح
لانه كان بامر الاول ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى
وقد جعل الاول للثاني ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه لانه لا يقدر على ان
ينقص من نصيب رب المال شيئا فيبقى له السدس ويطيب ذلك لكلهم لان
رب المال يستحقه بماله والمضارب الاول والثاني يستحقان بعملهما وان
دفع المضارب الاول بالنصف اي لو قال رب المال للاول ما رزق الله بيننا
نصفان ودفع المال للثاني بالنصف فنصفه لرب المال ونصفه للثاني

ولا شيء للاول لان رب المال شرط النصف له والمضارب الاول شرط للثاني النصف
ايضا والشرطان صحيحان فلم يبق للاول شيء وان شرط المضارب الاول للثاني
الثلثين وقد قال رب المال للاول ما رزق الله نصفان بيننا فكما شرط المضارب
الاول اي للثاني ثلثان من الربح ويضمن المضارب الاول للثاني سدسا لان رب
المال شرط لنفسه النصف وبعد اخراج الثلثين للثاني بقي الثلث لرب المال فكملناه
نصفا بالسدس ولا يخرج له الا المضارب الاول وان كان قيل له ما رزقك
الله او ما ربحت بيننا نصفان فدفع اي المضارب الاول بالثلث فلكل منهم اي
من رب المال والمضارب الاول والثاني ثلثه لان المضارب الاول شرط للثاني
الثلث وشرطه صحيح لانه باذن المالك فله ذلك فبقي الثلثان واستويا فيه
رب المال والمضارب الاول فلكل منهما ثلث لان رب المال لم يشترط لنفسه الا
نصف ما ربح الاول على ما يدل عليه صيغة الخطاب ولم يربح الاول الا الثلثين
فكان بينهما وان دفع المضارب الاول بالنصف وقد كان قال رب المال
ما رزقك الله او ما ربحت بيننا نصفان فللثاني نصف لانه شرطه الاول
وشرطه صحيح لما عرفت ولكل من الاول ورب المال ربع لما ذكرناه من انهما يستويان
في استحقاق النصف الباقي ونصف النصف ربع ولو شرط اي المضارب
لعبد رب المال ثلثا ليس تقييده بعبد رب المال احترازا عن عبد المضارب
لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه مثل حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون
احترازا عن الاجنبي فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على ان يعمل مع المضارب
صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط
على الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط
للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق براس المال او
بالعمل ولم يوجد من ذلك شيء كذا في العناية ليعمل العبد معه اي مع المضارب
وهذا احتراز عما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا على ما في شروح الهداية
وذلك اما ان يكون على العبد دين او لا فان لم يكن صح الشرط سواء كان
العبد للمضارب او لرب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد لانتفاء

ما يوجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطا في حق مولاه تصحيحا لكلامه وان
كان عليه دين فان كان عبد المضارب فعلى قول ح لا يصح الشرط والمشروط
كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وللمضارب
ايضا لانه لا يملك كسب عبده المديون عند ح وعندهما يصح الشرط ويجب
الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بلا خلاف واما اذا
شرطا ان يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب فهو جائز على ما شرطا سواء كان
على العبد دين او لم يكن لان للعبد يدا معتبرة لا سيما اذا كان ماذونا له واشتراط
العمل اذن له فلم يكن اشتراط عمله مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب
بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم ولرب المال ثلثا ولنفسه
ثلثا صح لان اشتراط العمل على العبد لا يمنع التخلية والتسليم لان للعبد يدا
معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له ولهذا لا يلي المولى باخذ ما اودعه العبد
وان كان محجورا عليه واذا لم يمنع التخلية لم يمنع الصحة واذا صح يكون الثلث
للمضارب عملا بالشرط والثلثان للمولى لان اشتراطه لعبده يكون اشتراطا
للمولى فكانه شرط للمولى ثلثي الربح لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين
وان كان عليه فكسبه للغرماء وتبطل اي المضاربة بموت احدهما لان
المضاربة توكيل والوكالة تبطل بموت احدهما فكذا هذا وهل يشترط علم الاخر
بموت احدهما اطلقه في الهداية وشروحه ولم يصرحوا بذلك وصرح في
قاضيخان بعدم اشتراط علم المضارب بموت رب المال ولم يتعرض لعكسه
حيث قال وتبطل المضاربة بموت رب المال علم المضارب بذلك او لم يعلم
حتى لا يملك المضارب الشراء بعد ذلك بمال المضاربة ولا يملك السفر ويملك
بيع ما كان عرضا لينقد المال لانه عزل حكمي ولو عزله قصدا يملك بيع ما كان
اشترى من العروض ولو خرج المضارب بعد ما مات رب المال الى مصر رب
المال لا يضمن استحسانا هكذا ذكره في البزازية حيث قال وبموت رب
المال ينعزل المضارب بعد ما مات رب المال الى مصر رب المال لا يضمن استحسانا
انتهى هكذا ذكره في البزازية حيث قال وبموت رب المال ينعزل المضارب

علم اولا فلا يملك الشراء المبتداء ويملك بيع المشترى لينقد المال انتهى والذى ظهر من
قولها لينقد المال ان المضارب يملك بيع العروض بعد موت رب المال بالنقد
لا بالعروض لكنه قال فى البزازية بعد هذا مات المضارب والمال عروض
فولاية البيع لوصى المضارب وقيل للوصى ولرب المال معا لان المال مشترك
بينهما وان مات رب المال والمال النقد بطلت المضاربة فى حق التصرف وان عرضا
ففى حق المسافرة تبطل لا فى حق التصرف فيملك بيعه بالعروض والنقد
انتهى فقد افاد بقوله يملك بيعه بالعرض والنقدان للمضارب بيع العروض
بالنقد والعروض بعد موت رب المال على خلاف ما ذكره اولا وقال فى البزازية
ايضا ولو اتى المضارب مصرا واشترى شيئا فمات رب المال وهو لا يعلم ذلك
فاتى بالمتاع مصرا الحر فنفقة المضارب فى مال نفسه وهو ضامن لما هلك
فى الطريق وان لم يسلم المتاع جاز بيعه لبقائها فى حق البيع ولو خرج من
ذلك المصر قبل موت رب المال ثم مات لم يضمن ونفقته فى سفره انتهى
والذى يقتضيه النظر انها لما كانت مثل الوكالة لم يشترط العلم بموت احدهما
ايهما كان فى بطلان المضاربة بالموت كما فى الوكالة ويلحاق رب المال مرتدا
اى تبطل بالقضاء بلحاق رب المال بدار الحرب مرتدا لان بعد القضاء بلحاقه
مرتدا صار بمنزلة الموت ولهذا يورث ماله ويعتق امهات اولاده ومدبروه
فتبطل المضاربة بالاتفاق واما قبل القضاء بلحاقه فيتوقف تصرف مضاربه
عند الجح فان اسلم نفذ كما كان وان قتل مرتدا او مات عليه او حكم بلحاقه
بطلت المضاربة لانه متصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه
موقوف عند الجح فكذا تصرف من يتصرف له وعندهما يجوز بلا توقف كذا
فى شرح المجمع ثم هذا اذا لم يعد مسلما اما اذا عاد مسلما قبل القضاء بلحاقه
او بعد القضاء به فكانت المضاربة باقية كما كانت اما قبل القضاء فلانه
بمنزلة الغيبة وهى لا توجب بطلان المضاربة واما بعده فلحق المضارب كما لو مات
حقيقة ثم احياه الله تعالى لم تبطل المضاربة لحق المضارب كذا فى العناية
قال شمس الائمة لو احياه الله تعالى بعد الموت اخذ ما وجده من اعيان ماله فى

بد وارثه لا بلحاق المضارب اى عندهم جميعا اما عندهما فلانه بمنزلة عندهما فى
جميع تصرفاته واما عند الجح فلان ردته انما تنافى الولاية الاصلية دون
الولاية المستفادة من جهة الغير لان مدار هذه الولاية على العقل وقصد التصرف
وصلاحية الذمة ولا خلل فى ذلك فصحت عبارته ونفذت وكالته حتى
لو اشترى وباع وربح او وضع ثم قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب
جازت تلك التصرفات كلها والربح بينهما على ما شرطا وتوقف تصرف المرتد
عند الجح لتعلق حق الوارث بماله ولا توقف فى ملك رب المال لعدم تعلقهم
به فبقيت المضاربة كما كان غير ان ما يلحقه من العهدة فيما باع واشترى يكون
على رب المال فى قول الجح لان حكم العهدة يتوقف بردته لانه لو لزمته تقضى
من ماله ولا تصرف لسفيه بعد ارتداده فكان كالصبى المحجور اذا توكل
عن غيره بالبيع والشراء وعندهما حاله فى التصرف بعد الردة كهى قبله
قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال ولا ينعزل بعزله اى بعزل رب المال
ما لم يعلم المضارب به اى بالعزل لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا
يتوقف على علمه فلا ينعزل بدونه حتى لو اشترى وباع بعد عزله وقبل علمه يصح
تصرفه وانما قلنا قصدا لان العزل الضرورى لا يتوقف على العلم كما فى موت
رب المال والموكل فان المضارب والوكيل ينعزلان بموتهما وان لم يعلما بذلك
فان علم بعزله والمال عروض فله بيعها نقدا ونسيئة حتى لو نهاه عن البيع
نسيئة لم يعمل نهيه لان حقه قد ثبت فى الربح بمقتضى صحة العقد والربح
انما يظهر بالقسمة والقسمة تبتنى على راس المال بتمييزه وراس المال انما يتميز بتحصيل
بالبيع نقدا ونسيئة ولا يتصرف فى ثمنها اى ثمن ما باع من العروض بعد
لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صار
نقدا فيعمل وان كان نقدا من دراهم او دنانير وقد كان علم بعزله من جنس
راس المال لا يتصرف فيه لانه ليس فى اعمال عزله ابطال حقه فى الربح
لظهوره فلا ضرورة فى ترك الاعمال وان كان من غير جنسه بان كان
المال دراهم وراس المال دنانير او على العكس فله اى للمضارب تبديله بجنسه

استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وفي القياس لا ينعزل لان
النقد من جنس راس المال من حيث الثمنية فيظهر الربح بايهما كان وموته وارتداده
مع اللحوق وجنونه مطبقا والمال عروض كعزله والمال عروض حتى لا يمنعه موت
رب المال من بيعه كما لا يمنعه عزله منه لان جواز بيعه له بعد العزل لاجل حق
المضارب لاحتمال ان يكون فيه ربح فيظهر وذلك لا يختلف بين ان يكون
العزل قصدا او حكما كما في الامور المذكورة لان حقه فيه ثابت على كل حال
بخلاف ما اذا لم يكن فيه حق بان كان المال كله نقدا من جنس راس المال او كان
وكيلا لا مضاربا حيث يختلف فيه بين العزل القصدي والحكمي فانه لا ينعزل
في القصدي الا اذا علم وفي الحكم ينعزل علم او لم يعلم ولو مات المضارب
والمال عروض فولاية البيع لوصي المضارب وقيل للوصي ولرب المال معا لان
المال مشترك بينهما ولو افترقا اي رب المال والمضارب وفي المال دين على
الناس لزمه اي المضارب الاقتضاء حتى لو امتنع عن الاقتضاء لجبره الحاكم
عليه ان كان ربح لانه بمنزلة الاجير واجره الربح فيلزمه تمام العمل والا اي
وان لم يربح فلا يجبر على الاقتضاء لانه وكيل محض والوكيل متبرع لا يجبر
على ايفاء ما يتبرع به ويوكل المالك به اي بالاقتضاء وفيه اشارة الى دفع ما
يقال ان رد راس المال على الوجه الذي قبضه واجب على المضارب وذلك
لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب فالاقتضاء واجب عليه
على كل حال ووجه الدفع انا لا نسلم ان الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده
كالمودع فيقال له وكل المؤكل في الاقتضاء فاذا وكله فقد ازال يده
ولا بد له من ذلك لان حقوق العقد ترجع اليه فان لم يوكل يضيع حق رب
المال وكذا سائر الوكلاء يعني ان الوكيل اذا باع وانعزل لا يجبر على التقاضي
بل يقال له وكل المؤكل بالاقتضاء والبياع اي الدلال والسمسار اي المتوسط
بين البايع والمشتري باجر يجبران عليه اي على الاقتضاء لانهما يعملان بالاجرة
واذا وصل اليه اجره اجبر على تمام عمله قال في العناية واستيجار السمسار
قلما يخلو عن فساد لانه اذا استوجر على شراء شيء بعينه فقد استوجر على ما لا يستقل

به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة على بيعه وقد لا يساعده وقد يتم بكلمة وقد لا يتم
بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك ان يؤمر بالبيع والشراء
ولم يشترط له اجرا معينا فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من عمله عوضه باجر
المثل هكذا روي عن ابي يوسف ومحمد هكذا ذكره قاضيخان وجعله حيلة في
جواز استيجار الدلال والسمسار وقال يجوز ذلك لمساس الحاجة كما جاز
دخول الحمام باجر غير مقدر وما هلك من مال المضاربة صرف الى الربح اولا لان
الربح لا يتبين قبل وصول راس المال الى رب المال لقوله عم مثل المؤمن كمثل
التاجر لا يسلم ربحه حتى يسلم له راس المال فكذلك المؤمن لا يسلم له نوافله
حتى يسلم له فرائضه ولان راس المال اصل والربح تبع ولا معتبر بالتبع قبل
وصول الاصل فمتى هلك منه شيء استكمل من التبع اولا فان زاد الهالك على
الربح لا يضمن المضارب لانه امين فلا يكون ضمينا للثاني في بينهما واما لو اهلكه
المضارب بالانفاق على نفسه او الاعطاء لرجل واتلفها الرجل فيبطل المضاربة
ويصير المال مضمونا عليه اعلم انه اذا هلك المال قبل التصرف بطلت المضاربة
لانه فات محل العقد وهو المال المعين المسلم اليه والقول قول المضارب في
الهلاك مع يمينه لانه امين بمنزلة المودع ولو استهلكه او انفقه او اعطاه رجلا
فاستهلكه لم يكن له ان يشتري على المضاربة شيئا لانه صار مضمونا عليه
بالتعدي ومن حكم المضاربة ان يكون امينا لا ضمينا فان اخذه من الذي استهلكه
كان له ان يشتري على المضاربة رواه الحسن عن ابي ح لانه اخذ بدل المضمون
وهذه مبادلة فصار كما لو باعه واخذ ثمنه وروى عن محمد ان المضارب اذا
قرض رجلا فان رجعت اليه الدراهم بعينها رجعت الى المضاربة كالمودع اذا خالف
ثم عاد الى الوفاق وان اخذ مثلها لم يرجع لان الضمان قد استقر بهلاك عينها
فلا يبرأ عن ضمان وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان ولو اشترى بالف المضاربة
ثيابا وقبض الثياب ولم ينقده الالف حتى ضاعت الالف يرجع على رب المال
بالف اخرى فيكون راس العين لان رب المال دفع العين على جهة المضاربة وكذلك
كلما هلك قبل النقد ويكون راس ماله جميع ما غرم مع الالف بخلاف الوكيل بالشراء

فانه يرجع بالثمن مرة والفرق بينهما مذكور في المحيط السرخسي هذا فيما اذا هلك مال
المضاربة قبل التصرف واما اذا هلك بعد التصرف فيغرم المضارب قدر حصته
من الربح والباقي يغرمه رب المال كما سيأتي في الكتاب عن قريب وقال في
المحيط ولو تصرف المضارب في الف المضاربة حتى صارت الفين فاشترى بها
جارية فيها الفان فهلكت الالفان قبل ان ينقد رجع المضارب على رب المال
بالف وخمسمائة ويضمن المضارب خمسمائة ويكون ربع الجارية له ويخرج من
المضاربة والباقي على المضاربة لانه اشترى ثلثة ارباع الجارية لرب المال لان
ثلثة ارباع الثمن كانت مملوكة لرب المال فكان ضمان مملوكه عليه وربعها اشترا
لنفسه لان ربع الثمن كان ملكا له لانه حصته من الربح فكان ضمان هذا الربح عليه
وخرج من المضاربة لان حق المضارب لا يظهر الا في الربح والربح لا يتحقق
الا بعد القسمة واذا قسم لا يجوز ان يكون للمضارب راس مال في المضاربة
واما ثلثة الارباع فبقيت على المضاربة لان ضمان رب المال لا يخرجه من المضاربة
لان راس ماله على حاله وان باع تلك الجارية بخمسة آلاف كان ثمن الربع له
وثلثة ارباعه على المضاربة يأخذ رب المال منه راس ماله الفين وخمسمائة
والباقي بينهما على الشرط لان راس مال هذه المضاربة الفان وخمسمائة يأخذ
رب المال ذلك اولا والباقي يكون بينهما على الشرط انتهى وان اقتسماه اي الربح وفسخت
اي المضاربة ثم عقدت ثانيا فهلك المال بعد العقد الثاني كله او بعضه لا يترادان
الربح الذي اقتسماه لان المضاربة الاولى قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد
جديد فهلاك المال كلا او بعضا في الثانية لا يوجب انتقاض الاولى فصار كما اذا
دفع اليه مالا آخر وهذه هي الحيلة اذا خاف المضارب ان يسترد منه الربح بعد
القسمة بسبب هلاك ما بقي في يده من راس المال وان اقتسماه اي الربح من غير فسخ
ثم هلك المال كله او بعضه ترادّاه اي الربح الذي اقتسماه حتى يتم راس المال لما ذكرنا
ان الربح تبع ولا يسلم التبع بدون سلامة الاصل نظيره ان الورثة لو عزلوا بعض
التركة لقضاء دين الميت به ثم اقتسموا بقية التركة ثم هلك المعزول فان قسمتهم قد بطلت
ووجب عليهم الراد لقضاء الدين فان فضل شيء اي ان فضل بعد الترادّ من راس المال

اقتسماه لانه ربح فهو بينهما على ما شرطا وان لم يف راس المال اي بعد الترادّ فلا ضمان
على المضارب لانه امين لا ضمين فصل ولا ينفق المضارب على نفسه ولا على
خادمه من مالها اي مال المضاربة في مصره الذي كان ولد فيه بقرينة قوله
او في مصر اتخذه دارا لان المراد منه ما اتخذه وطنا له لا مجرد ما نوى الاقامة
فيه بدون اتخاذ الدار فيه فيكون المراد بالاول هو الوطن الاصلي الذي ولد
فيه وهذا لان النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي والمفتي والزوجة
والمدرس والمضارب ما دام في مصره اصليا او اتخاذيا غير محتبس لعمل المضاربة
بل هو ساكن فيه بالسكنى الاصلي فلا يجب له النفقة في مال المضاربة بل
ينفق من مال نفسه حتى لو سكن في مصر بنية الاقامة بدون اتخاذه دارا
يجب النفقة في مال المضاربة لانه ساكن فيه لعمل المضاربة لا بالسكنى الاصلي
قال في البزازية ما دام يعمل المضارب في المصر فنفقته من مال نفسه وان
كان المصر كبيرا وهو اقام في ناحية منه يعمل للمضاربة انتهى ولا في الفاسدة
من المضاربة لانه يكون فيها اجيرا له اجر مثله بيقين والاجير لا يستوجب النفقة
لتيقن اجرته وهذا اي عدم لزوم النفقة في مال المضاربة هو القياس
في المضارب المسافر ايضا لانه بمنزلة الوكيل والمستبضع لكونه عاملا لغيره
باجره او بمنزلة الاجير لكونه شرط لنفسه شيئا من الربح ولا يستحق واحد من
هؤلاء النفقة في المال الذي يعمل به فكذا المضارب مطلقا الا انا تركناه
في المضارب المسافر بمال المضاربة استحسانا لاجل العرف لان العرف بين
التجار على ان النفقة في مال المضاربة في السفر وفي مال المضارب بنفسه
في الحضر وفرقنا بينه وبين هؤلاء بان الوكيل والمستبضع متبرعان في
عملهما بخلاف المضارب لانه يعمل لنفسه في حق الربح وبان الاجير يستحق البدل
بيقين في مقابلة عمله فلا يتضرر بالانفاق من مال نفسه بخلاف المضارب
فانه لا يستحق الا الربح وهو في حيز التردد اذ قد يحصل وقد لا يحصل فلو انفق
من مال نفسه يتضرر فاوجبناه من مال المضاربة فان سافر المضارب بمال
المضاربة ليس المراد هنا بالسفر سفر القصر بل المراد مدة لو خرج من اهله لا يبيت

مع اهله في ذلك اليوم بقرينة ما سبق في مصرحا في الكتاب من قوله وما دون
السفر اه وقال في المحيط السرخسي وان خرج المضارب ما دون السفر ينظر ان
كان يغدو ثم يروح الى منزله ويبيت باهله فلا نفقة له لانه ليس لهذا حكم الخروج
لان اهل المصر يتجرون في السوق وفي السواد ثم يبيتون في منازلهم وان
كان لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه قد صار للمضاربة
فصار محتبسا لاجلها ولو نوى الاقامة في مصر فله النفقة في مال المضاربة
ولا يبطل نفقته الا باقامته في مصره او في مصر يتخذه دارا لان الاقامة
اذا كانت للتصرف فهو محتبس لاجل المضاربة فاذا صار موطنا له فقد توطن
بوطنه الاصلي فكانت اقامته لتوطنه لا لاجل المضاربة انتهى فقد افاد ان للمضارب
نفقة في مال المضاربة فيما دون السفر اذا لم يكن يبيت باهله لكن في البزازية
ما يوهم خلاف هذا حيث قال وان خرج المضارب من العمران مع مال المضاربة
كان مدة سفر او لا فنفقته في المال انتهى فانه افاد ان للمضارب نفقة فيما دون
السفر ولو دون يوم بمجرد تجاوزه من عمران المصر ولم يقيد وجوب النفقة
بعدم البيتوتة مع اهله اللهم الا ان يحمل كلام البزازية على المقيد باضمار القيد هذا
واذا انفق المضارب في سفره من مال نفسه فهل يرجع بما انفق في مال المضاربة
او لا ففي البزازية انه يرجع حيث قال صار مال المضاربة دينا في الناس
ورب المال في بلد اخر فانفق في سفره وتقاضيه ما لا بد له منه يحتسب
من المضاربة لان سعيه لاجل مالها وبه يعلم انه اذا انفق في سفره من ماله
يرجع في مالها لانه قد لا يجد بدا منه بان لا يحصل بيده من مال المضاربة عند
حاجته الى النفقة الا انه يزيد نفقته على الدين فلا يرجع بالزيادة لان نفقته
في مال المضاربة لا في ذمة رب المال ولهذا اذا سافر بمالها وانفق من مال
نفسه في طعامه وكسوته وغيره ليرجع على مال المضاربة ثم تلف المال قبل
الرجوع لا يرجع على رب المال بخلاف ما اذا استاجر دابة ليحملوا متاع المضاربة
واشترى طعاما لها فضاع المال قبل ان ينفق يرجع على رب المال انتهى فطعامه
شروع في بيان النفقة المعتبرة ههنا وشرابه من مالها اي مال المضاربة بالمعروف

بين

بين التجار وكذا كسوته وركوبه شراء واستيجارا اي بالمعروف بينهم وكذا اجرة خادمه
اي خادم المضارب واما اجرة خادم رب المال ودابته ففي مال رب المال لا في
مال المضاربة كذا في البزازية وفراش ينام عليه وغسل ثيابه اي ثياب المضارب
وثياب خادمه وكذا ثياب عبد المضاربة والدهن كذا ذكر محمد في الاصل
معللا بان الدهن يستعمل غالبا في عموم الاوقات فصار كالذي لا بد منه
وذكر الكرخي في مختصره ان الدهن في مال المضارب نفسه لان هذا ليس
من المؤن الاصلية في موضع يحتاج اليه كالحجاز وكذا الخضاب في موضع
يحتاج اليه في مال المضاربة كل ذلك بالمعروف وضمن ما كان زائدا على العادة
اي عادة التجار لانه تعدى على قدر الحاجة فيضمن وكذا كل ما لزم المضارب
في سفره من علف دابته وعلف دواب الحمل والكلاب للحراسة واكل الفاكهة
واجرة الحمام والحلاق وقص الشارب كل ذلك في مال المضاربة بالمعروف
للعرف ولان نظافة البدن والثياب توجب كثرة من يعامله لان صاحب
الوسخ يعده الناس من المفاليس فيجتنبون معاملته ونفقته اي نفقة المضارب
في مصره اصليا كان او اتخذه دارا على ما تقدم من ماله اي مال المضارب
كالدواء لانه لم يحتبس لعمل المضاربة بل احتبس للسكنى الاصلي والنفقة انما تجب
بازاء الاحتباس على ما تقدم قال في المحيط وثمن الدواء والحجامة والفصد
وجارية الوطء او الخدمة في مال المضارب لانه لا يحتاج اليه في عموم
الاوقات ويرد ما بقي من كسوة وغيرها مما ذكر اذا قدم من سفره بمصر
الى راس المال متعلق بيرد وذلك لتمام الحاجة ودفع الضرورة بعد القدوم
بمصره والحكم ينتهي بتمام علته كالحاج عن الغير اذا بقي في يده شيء رده على
المحجوج عنه او لوارثه وكالغازي اذا خرج من دار الحرب يرد ما بقي في يده
من النفقة الى الغنيمة وكالامة اذا بوأها مولاها منزلا مع الزوج ثم اخرجها
للخدمة وقد بقي شيء من النفقة في يدها استردها الزوج من المولى وعن
الحسن عن ابي حنيفة ان الدواء واجرة الحجام والكحل من مال المضاربة وما دون
السفر كسوق المصر ان امكنه ان يغدو ويبيت في اهله لان اهل المصر يتجرون

في الاسواق والسواد ثم يبيتون في منازلهم والا اي وان لم يغدو ويبيت في
اهله فكالسفر فيجب فيها ما يجب في مدة السفر من النفقة وغيرها لانه صار
محتبسا لعمل المضاربة وليس للمستبضع اي من يأخذ المال بضاعة الانفاق من
مالها اي من مال البضاعة لانه متبرع فيها الا ان كان اذن لها ويؤخذ ما انفقه
المضارب على نفسه وعلفها دمه ودوابه من الربح اولا وما فضل من الربح
بعد الاخذ قسم بينهما على ما شرطا لان ما ذهب بالانفاق هالك والهالك يصرف
اولا الى الربح وان لم يف الربح بالانفاق فمن راس المال علمها في البزازية وان
سافر ولم ينفق له شراء المتاع فالنفقة في مال المضاربة وان سافر المضارب
بماله ومال المضاربة يعني خلط مال المضاربة بماله اما لكونه قد قيل له اعمل برايك
او لكون الخلط في تلك البلد معتادا بين التجار سواء كان الخلط بالنصف اولا
اوسافر بمالين لرجلين اي اخذ المال من رجلين مضاربة وسافر بهما انفق في
الصورتين بالحصة من المالين ان بالنصف فالنصف او بالثلث فكذلك النفقة
وان باع متاع المضاربة اي المتاع الذي كان انفق عليه مرابحة حسب ما انفقه
عليه اي على ذلك المتاع وصورة البيع مرابحة سبقت في باب بيع المرابحة من
حمل ونحوه كاجرة السمسار والصباغ والقصار والطراز ونحو ذلك مما ذكر
في باب المرابحة اي يضم جميع ذلك من الاجرة الى راس المال ويقول قام علي
بكذا لا نفقة نفسه لان هذه الاشياء تزيد في القيمة وتعارف التجار
الحاقها براس المال في بيع المرابحة فجاز ذلك بخلاف ما انفق على نفسه في سفره
لانهم لم يتعارفوا ضمه الى راس المال ولا يزيد هو ايضا في قيمة المتاع بخلاف
الانفاق على المتاع لانها بالزيادة على الثمن صارت في معنى الثمن ولو شرى
مضارب بالنصف بالف المضاربة اي كان معه الف بالنصف مضاربة
فاشترى بهذا الالف بزا بفتح الباء متاع البيت خاصة علمها في المغرب وباعه
بالفين واشترى بهما اي بالالفين عبدا فضاعا اي الالفان في يده اي يد المضارب
قبل نقدها اي الى البايع يغرم المضارب ربعهما اعني خمسمائة والمالك اي رب
المال الباقي اعني الفا وخمسمائة وربع العبد للمضارب وباقيه اي ثلثة ارباعه للمضاربة

وقد ذكرنا

وقد ذكرنا هذه المسئلة فيما سبق من المحيط والاصل فيها انه لما صار المال الفين
ظهر الربح في المال وهو الف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة
فاذا اشترى بالفين عبدا صار العبد مشتركا بينهما فربعه للمضارب لان ربع
الثمن له وثلثة ارباعه لرب المال لان ثلثة ارباع الثمن له ثم اذا ضاع الالفان
في يد المضارب قبل النقد الى البايع كان عليهما ثمن العبد على قدر ملكهما في
العبد فربعه على المضارب وثلثة ارباعه على رب المال ونصيب المضارب
خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة امانة عنده وبينهما
تناف فلا يدخل نصيبه في مال المضاربة ونصيب رب المال على المضاربة
لعدم ما ينافيها وراس المال الفان وخمسمائة لانه دفع اليه مرة الفا ثم مرة
اخرى الفا وخمسمائة فصار مجموع ما دفع اليه الفين وخمسمائة ولا يبيعه اي
العبد المشترى بالفين مرابحة الا على الفين لان بيع المرابحة بيع بالثمن الاول
وهنا اشتراه بالفين فلو بيع العبد المشترى بالفين مرابحة باربعة الاف
فحصة المضاربة ثلثة الاف وربعه وهو الالف حصة المضارب والربح منها
اي من ثلثة الاف خمسمائة بينهما على ما شرطا يعني اذا بيع العبد باربعة الاف
كان ربعه وهو الالف للمضارب والفان وخمسمائة راس المال فهو لرب المال
فبقي خمسمائة فهي الربح بينهما على ما شرطا ولو اشترى رب المال عبدا بخمسمائة
وباعه من المضارب اي الذي معه الف مضاربة بالف لا يبيعه المضارب
مرابحة الا على خمسمائة لان بيعه من المضارب وان قضي بجوازه بناء على
تغاير مقصوديهما لان مقصود رب المال وصوله الى الالف مع بقاء العقد
ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد الا ان فيه شبهة عدم جوازه
لان بيعه من مضاربه كبيعه من نفسه لانه وكيل عنه فيكون بيع ماله بماله
وهو غير جائز والشبهة في المرابحة ملحقة بالحقيقة لان المرابحة مبنية
على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فكان كالمعدوم حقيقة فلا يجوز بناء
المرابحة عليه فيبنى على اقل الثمنين اعني ما اشتراه به رب المال لثبوته من كل وجه
بلا شبهة بخلاف الاكثر اعني ما اشتراه به المضارب فانه ثابت من وجه بالنظر

الى تعلق حق المضارب به غير ثابت من وجه بالنظر الى انه بيع ماله بماله فلا يبنى
عليه المرابحة حذرا عن شبهة الخيانة فيكون المضارب كالوكيل له في بيعه
مرابحة على خمسمائة ولو كان هذا بالعكس بان اشترى المضارب الذي معه الف
عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بالف يبيعه رب المال مرابحة على خمسمائة لان
البيع الجاري بينهما كالمعدوم لما ذكرناه بعينه فتبتنى المرابحة على ما اشتراه المضارب
وهو اقل الثمنين فكان المضارب اشتراه له وناوله اياه من غير بيع كذا ذكره
الزيلعي وذكر في الهداية لو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب
المال بالف ومائتين باعه رب المال مرابحة بالف ومائة لان بيعه من رب المال
اعتبر عدما في حق نصيب رب المال من الربح وهي المائة لما ذكرناه ونظيره ما ذكر
في شرح الكافي اذا دفع رجل الى رجل الفا مضاربة بالنصف فاشترى
المضارب بها عبدا فباعه من رب المال بالفين باعه رب المال مرابحة على الف
وخمسمائة لانا نعتبر في حق رب المال الثمن الاول وذلك الف وحصة المضارب
من الربح وذلك خمسمائة فيبيعه مرابحة على الف وخمسمائة وبيانه ان الالف
خرج عن ملك رب المال في ثمن العبد فيعتبر في بيع المرابحة ونصف الالف
التي هي الربح ملك رب المال قبل البيع وبعده على ما شرطا فلا يعتبر اما النصف
الذي هو حصة المضارب من الربح خرج عن ملك رب المال الى ملك المضارب
حقيقة العبد فيعتبر كذا في غاية البيان ولو اشترى مضارب
بالنصف بالف المضاربة عبدا يعدل الفين فقتل العبد رجلا خطأ فربع الفداء
عليه اي على المضارب وباقيه اي ثلاثة ارباع الفداء على المالك لان الفداء مؤنة
الملك فيتقدر بقدره والمضارب ملك ربعه وهو خمسمائة نصف الربح ورب
المال ملك ثلاثة ارباعه وهو الف وخمسمائة الالف لكونه راس ماله والخمسمائة
لكونها حصته من الربح فكذا الفداء واذا فدى العبد خرج عن المضاربة اما نصيب
المضارب منه فلانه صار مضمونا عليه على ما ذكرناه واما نصيب رب المال
فبقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لان قضاءه بالفداء يتضمن قسمة العبد
بينهما لان الخطاب بالفداء يوجب سلامة الفداء ولا سلامة الا بالقسمة والمضاربة

تنتفي

تنتفي بالقسمة بخلاف ما اذا ضاع الالفان في يد المضارب قبل نقدهما كما في
المسئلة المتقدمة من حيث لا تنتفي المضاربة هناك لان جميع الثمن فيه على
المضارب لكونه عاقدا وان كان له الرجوع على رب المال بما ضمن فلا حاجة
الى القسمة والدفع الى الفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه ويخدم العبد
المضارب يوما والمالك ثلاثة ايام يعني على مقدار ملكهما ولو اشترى المضارب
بالف المضاربة عبدا وهلك الالف قبل نقده الى البائع دفع المالك الثمن ثم
وثم يعني اذا كان معه الف مضاربة فاشترى بها عبدا وضاع الثمن قبل
النقد يرجع على رب المال فاذا دفع رب المال اليه ثانيا ثم هلك قبل النقد
ايضا يرجع عليه ايضا وكذا يرجع عليه كلما هلك الى ان يسقط عنه العهدة
بوصول الثمن الى البائع لان المال في يده امانة وقد هلك وبقي عليه الثمن
دينا وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين
وبالقبض ثانيا لا يصير المضارب مستوفيا لان الاستيفاء لا يكون الا بقبض
مضمون وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو امانة فاذا لم يكن مستوفيا
لان الاستيفاء لا يكون الا بقبض مضمون وقبض المضارب ليس بمضمون
بل هو امانة فاذا لم يكن مستوفيا كان له ان يرجع الى ان يستوفي حتى
يسقط عنه العهدة بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء
وهلك بعد الشراء فانه لا يرجع اليه الا مرة واحدة لانه امكن ان يجعل
مستوفيا لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فاذا قبضه
مرة بعد الهلاك صار مستوفيا لذلك فصار مضمونا عليه فاذا هلك
ليس له ان يرجع به على الموكل لان المستوفي لم يبق له حق بعد الاستيفاء
ولم يوجد ما يمنع من جعله مستوفيا لحقه مضمونا لان الوكالة يجامع الضمان
كالغاصب اذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب فانه يصير وكيلا ولا يبرا
عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر امينا
هذا بخلاف ما اشترى ثم دفع الموكل اليه الثمن فهلك قبل نقده فانه لا يرجع
اليه لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده

والمستوفى لا يرجع واما المدفوع اليه قبل الشراء فانه امانة في يده وهو قائم
على الامانة بعد فلم يصر مستوفيا فاذا هلك يرجع اليه مرة ثم لا يرجع لوقوع
الاستيفاء على ما ذكرنا وجميع ما دفع اي الى المضارب راس المال لانه دفعه
اليه بعقد المضاربة ولو كان مع المضارب الفان فقال لرب المال دفعت
انت الي الفا وربحت انا الفا وقال المالك بل دفعت اليك الفين فالقول
للمضارب هذا شروع في بيان الاختلاف الواقع بين رب المال والمضارب
وهو على انواع نوع في الاختلاف مقدار راس المال ونوع في الاختلاف
في مقدار راس المال مع الاختلاف في مقدار الربح ونوع في الاختلاف
في صفة راس المال ونوع في الاختلاف في عموم المضاربة وخصوصها
والمص اشار الى هذه الانواع الاربعة على هذا الترتيب كما ترى وما ذكره من
النوع الاول هو قول ابي يوسف ومحمد ورجع اليه ابو ح اخرا وقد قال اولا
القول فيه قول رب المال وهو قول زفر مستدلا بان المضارب يدعي الشركة
وهو ينكر والقول قول المنكر ووجه القول المرجوع اليه ان الاختلاف في
الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان
كالغاصب او امينا كالمودع لكونه اعرف بمقدار المقبوض وههنا انواع ثلاثة
اخرى لم يذكرها المص وهو الاختلاف في مقدار الربح الحاصل وفي
حصول الربح وعدم حصوله والقول فيهما قول المضارب بناء على ان الاصل
عدم الزائد وعدم الربح كما ذكر في الاشباه والثالث في قدر ما شرطا
من الربح للمضارب فالقول فيه قول رب المال مع يمينه لانهما اتفقا على المضاربة
والمضارب ادعى زيادة في الربح وانكرها رب المال وادعى الاقل فكان
القول له لانه منكر ولو اقاما البينة فالبينة للمضارب لانه اثبت زيادة شرط
في الربح فكانت اولى لان البينات شرعت للاثبات وكذلك ان انكر رب
المال شرط الربح وادعى المضارب شرط نصف الربح فالقول لرب المال
فللمضارب اجر المثل لانهما اختلفا في نوع العقد لان رب المال ادعى اجارة
فاسدة لانه لم يقر بما يكفي لصحة المضاربة وكان مقرا بمضاربة فاسدة والمضاربة

اذا

اذا فسدت كانت اجارة فاسدة والمضارب ادعى المضاربة الصحيحة والمضاربة
مع الاجارة عقدان مختلفان فكان القول قول صاحب المال ولو قال المضارب
شرطت لي ثلث المال وقال رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة
دراهم فلك اجر المثل فالقول للمضارب والبينة لرب المال لانهما اتفقا على المضاربة
الا ان رب المال ادعى زيادة شرط يفسد العقد فلا يقبل قوله الا ببينة كما
لو اتفقا على البيع وادعى احدهما شرطا زائدا يفسد البيع بخلاف ما لو قال
رب المال شرطت لك من الربح مائة وقال المضارب شرطت لي ثلث الربح لانه
اقر بالمضاربة الفاسدة لانه لم يقر بما يكفي لصحة المضاربة فكان مدعيا اجارة
فاسدة والمضارب ادعى المضاربة فقد اختلفا في نوع العقد فكان القول
لصاحب المال ولو قال رب المال شرطت لك ثلث المال الا عشرة دراهم فالقول
له وللمضارب اجر المثل لان المتكلم مع الاستثناء متكلم بما وراء المستثنى فصار
المضارب مدعيا تمام الثلث ورب المال ينكر فكان القول له ولو قال رب
المال شرطت لك الثلث وقال المضارب شرطت لي الربح ولم يربح فالقول
لرب المال والبينة بينته ايضا لان رب المال ادعى مضاربة جائزة والمضارب
ادعى مضاربة فاسدة فكان مدعيا اجارة فاسدة فقد اختلفا في نوع
العقد فكان القول لرب المال والبينة بينته ايضا لانها قامت على اثبات
الشرط وبينة المضارب قامت على صورة النفي فكانت المثبتة اولى وكذلك
لو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت لي ربح مائة
فله اجر المثل فالقول لرب المال لما بيناه والبينة بينة المضارب لانها تثبت
الزيادة وهي اجر المثل كذا في المحيط ولو اختلفا مع ذلك اي مع الاختلاف
في مقدار راس المال في قدر الربح فلما لا يحتمل ان يقول رب المال راس
المال الفان والمشروط ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف والمشروط
نصف الربح فالقول في الربح لرب المال وفي راس المال للمضارب اما في
راس المال فلما مر واما في الربح فلان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من
جهة رب المال ولو انكر اصل الشرط بان قال كان المال بيده بضاعة كان

القول له فكذا اذا انكر الزيادة وايهما اقام البينة على ما ادعاه من فضل قبلت وان اقاما جميعا فبينة رب المال اولى في راس المال وبينة المضارب اولى في الربح لان البينات للاثبات هذا فيما اذا كان المضارب واحدا واما لو كان المضارب اثنين واختلف احدهما مع رب المال وصدق الاخر رب المال في دعواه ففيه اختلاف بين المشايخ على ما ذكره في المحيط حيث قال فيه دفع الى رجلين مالا بالنصف فجاء الرجلان بثلثة الاف فقال رب المال كان راس مالي الفين والربح الف فصدقه احدهما وكذبه الاخر وقال بل راس المال الف والربح الفان فرب المال ياخذ الفا من راس المال من ايديهما لتصادقهما عليه وياخذ ايضا خمسمائة من المصدق لانه اقر بانه راس المال لاحق له ولا لصاحبه فيه فيدفعها الى رب المال ويقاسم الاخر خمسمائة مما في يده اثلاثا ثلثها لرب المال وثلثها للمضارب وطعن فيه عيسى بن ابان وقال ينبغي ان يكون نصفين ووجه كل من الطرفين مذكور في المحيط ولو قال من معه الف قد دفعها هي مضاربة زيد وقال زيد بل بضاعة فالقول لزيد لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله بما بلغ الربح او شرطا من جهة بمقدار من الربح او الشركة فيه وهو ينكر والقول للمنكر وكذا لو قال ذو اليد هي قرض وقال زيد بضاعة او وديعة او مضاربة صحيحة او فاسدة اي القول في هذه الصور لرب المال وهو زيد والبينة لذي اليد لانه يدعي عليه تمليك الربح وهو ينكر ولو اقاما البينة فبينة ذي اليد اولى لانها تثبت التمليك ولو كان الامر بالعكس بان ادعى رب المال القرض وذو اليد المضاربة كان القول لذي اليد لانهما اتفقا على ان الاخذ كان باذن رب المال ورب المال يدعي عليه ضمانا وهو ينكر فكان القول قوله وايهما اقاما البينة قبلت ولو اقاما فبينة رب المال اولى لانها اكثر اثباتا كذا في العناية والزيلعي وفصله في المحيط وقال ولو قال رب المال هو قرض فادعى القابض المضاربة فان كان بعدما تصرف فالقول لرب المال والبينة بينته ايضا والمضارب ضامن لان العامل في مال الغير موجب

للضمان ثم ادعى الاذن لابراء ذمته عن الضمان والاذن بالعمل لم يثبت لان صاحب المال يدعي القرض والمستقرض لا يعمل باذن المقرض وانما يتصرف بحكم ملكه والبينة بينة رب المال لانها اكثر اثباتا لانها اثبتت ضمانا على القابض وبينة القابض اثبتت شركة في الربح والضمان اكد والزم من الشركة في الربح ولان العمل بالبينتين ممكن بتقديم المضاربة على القرض لان القرض يرد على المضاربة والمضاربة لا يرد على القرض فانه يجوز ان يكون مضاربة ثم يجعله قرضا فيقدم المضاربة لامكان العمل بالبينتين وان كان لم يتصرف فيه فالقول له ولا ضمان عليه لانهما تصادقا على ان القبض كان باذن رب المال ولم يثبت القرض وصار كانه قال اخذت منك هذا المال وديعة وقال رب المال اخذته قرضا وقد هلك المال في يده قبل التصرف لا يضمن لتصادقهما على ان القبض باذن المالك وديعة كان او قرضا فكذا هذا ولو قال رب المال اخذته غصبا وقال المضارب دفعته مضاربة وضاع قبل العمل يقر القابض بالغصب واما بعد العمل فان العمل في مال الغير موجب للضمان الا ان يثبت الاذن ولم يثبت لانكار رب المال كما لو قال اكلت مالك باذنك وانكر صاحب المال الاذن والبينة للمضارب في الوجهين لانها اكثر اثباتا لانها اثبتت المضاربة واذنا بالقبض والعمل واوجبت شركة في الربح وبينة رب المال ينفي ذلك ولكنها اوجبت ضمانا على القابض لا غير ولانه امكن العمل بالبينتين بان يجعل كانه غصب ثم دفع مضاربة لان المضاربة ترد على الغصب واما المضارب فلا يصير غاصبا للمال المضاربة الا بالخلاف ورب المال لم يدع غصبا على المضاربة غصبا ابتداء ولو قال المضارب اطلقت في كل تجارة وقال المالك عينت نوعا من التجارة فالقول للمضارب ولو ادعى كل من رب المال والمضارب نوعا فالقول للمالك اعلم ان الاختلاف الواقع بينهما في عموم المضاربة وخصوصها على وجهين احدهما الاختلاف في العموم والخصوص وهو ما ذكره بقوله لو قال المضارب اطلقت وقال المالك عينت نوعا وذلك بان قال رب المال دفعت

اليك مضاربة في الطعام خاصة وقال المضارب ما سميت تجارة بعينها فان
كان هذا الاختلاف قبل التصرف لا يكون للمضارب التصرف في عموم التجارة
لانه لو نهاه رب المال عن العموم قبل التصرف صح نهيه فكذا هذا وان كان
بعد التصرف فالقول قول المضارب استحسانا والقول لرب المال قياسا وهو قول
زفر ورواية الحسن لان الاذن يستفاد من جهة رب المال ولو انكر الاذن
اصلا كان القول له فكذا اذا انكر البعض وصار كالبضاعة لو اختلف
المبضع والمستبضع في عموم الاذن وخصوصه فالقول لرب المال
فكذا هنا ووجه الاستحسان ان مقتضى المضاربة الاطلاق والعموم لان
في لفظة المضاربة ما ينبئ عن العموم لانها من الضرب في الارض والضرب
في الارض كلها يكون للتجارة كلها فمدعي الخصوص يدعي تغيير موجب العقد
بحسب معناه اللغوي المعتبر في معناه الشرعي ايضا فلا يصدق الا ببينة
ومدعي العموم يتمسك بالاصل فيكون القول له بخلاف البضاعة لانها
تنبئ عن دفع بعض المال ولا ينبئ عن العموم لغة فلم يكن مدعي الخصوص فيها
مدعيا تغيير موجب العقد والاذن مستفاد من جهته فيكون القول له
وان اقاما البينة عليها فالاصح بينة رب المال اولى وقت احدها او لم يوقت
او وقتا على السواء لان مدعي الخصوص اثبت ببينته ما ليس بثابت وهو
تغيير العقد عن مقتضاه بشرط زائد اقترن به وان وقتا يؤخذ ببينة الوقت
الاخير لان الاول يحتمل الانفساخ والثاني فيما اذا اتفقا في خصوص
العقد ثم اختلفا في نوعه وهو الذي ذكره المص بقوله ولو ادعى كل نوعا
وذلك بان قال رب المال اذنت لك في البر خاصة وقال المضارب
اذنت لي في الطعام فالقول لرب المال لان الاذن يستفاد من جهته
لانهما اتفقا على تغيير موجب العقد فيثبت التغيير باتفاقهما وانما اختلفا
في صفته وكان القول في صفة العقد قول من يستفاد الاذن من
جهته واذا كان القول لرب المال فالبينة للمضارب وان اقاما البينة فان
وقتا اخذ ببينة الوقت الاخير وان وقت احدها او لم يوقت فالبينة بينة المضارب

لان توقيت احدها لا يحصل فائدة لانه لا يظهر به التقديم والتاخير فجعل كانهما
لم يوقتا فيصير المضارب مدعيا لانه يحتاج الى دفع الضمان عن نفسه ورب
المال لا يحتاج الى الاثبات وكذا لو وقتا وقتا واحدا كذا في المحيط وقال في
العناية في هذه المسئلة ولو وقت البينات وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى
لان اخر الشرطين ينقض الاول وان لم يوقتا او وقتا على السواء او وقت
احدهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لانه تعذر القضاء بهما معا للاستحالة
وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر القضاء بهما يعمل ببينة
رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت انتهى ولا يخفى عليك ما فيه من الخلاف
لما ذكرناه من المحيط وذكر في البزازية مثل ما ذكره في المحيط حيث
قال فيها قال المضارب هو في الطعام وقال رب المال هو في الكرباس
فالقول له وان برهنا فللمضارب لان رب المال لا يحتاج الى الاثبات
والمضارب يحتاج الى اثباته لدفع الضمان عن نفسه وان وقتا فالوقت
الاخير اولى انتهى ولو قال المضارب امرتني بالنقد والنسيئة وقال رب المال
امرتك بالنقد فالقول للمضارب والبينة بينة رب المال لانه يدعي الخصوص
وهو خلاف مقتضى العقد وكذلك لو قال امرتك ان تعمل بالكوفة وامرتك
ان تشتري كذا وقال المضارب العموم وكذلك لو اختلفا في المنع من
السفر بان خرج المضارب بالمال من المصر فقال رب المال لم امرتك بالخروج
وانكر المضارب فالقول له في ظاهر الرواية وفي رواية النوادر ضمن
ولو اختلفا في الشراء للمضاربة بان اشترى المضارب عبدا بالف
فقال رب المال اشتريته لنفسك وقال المضارب لا بل على المضاربة
فلا يخلو اما ان كان الالف المضاربة والعبد قائمين او هالكين او احدها قائم
والاخر هالك فان كانا قائمين فالقول للمضارب لانه يحكي امرا يملك
استينافه فانه يملك انشاء الشراء على المضاربة للحال فيصدق فيما يحكي عنه
وان كانا هالكين او كان مال المضاربة هالكا والعبد قائما لا يصدق
المضارب الا ببينة لانه بعد هلاك مال المضاربة لا يملك انشاء الشراء لان

المضاربة انتقضت بهلاك راس المال فانعزل المضارب فلا يصدق وان كان
مال المضاربة قائما والعبد هالكا يصدق المضارب في حق تسليم ما في يده
الى البائع ولا يصدق في حق الرجوع بمثله على رب المال اذ اهلك المال في يده
لان راس المال مشغول بثمن عبد هالك اشترى عبدا بالف ولم يسم ثم اشترى
عبدا اخر ولم يسم فقال نويتها على المضاربة بالف ولم ينقد المال فهو على اوجه
اما ان صدقه رب المال فيها او كذبه فيهما او صدقه في الاول وكذبه في
الثاني او على العكس منه ففي الاول والثاني والثالث العبد الاول للمضاربة
دون الثاني واما في الرابع فالقول لرب المال والعبد الثاني للمضاربة اقتسما
الربح ثم اختلفا في راس المال فقال المضارب دفعت اليك راس المال ثم
اقتسمنا وقال رب المال ما دفعت الي راس المال فالقول لرب المال والبينة
للمضارب لان المضارب بدعوى رد راس المال يدعي استخلاص ما قبضه
من الربح لنفسه وانقطاع شركة رب المال فيه وانكره رب المال فيكون
القول له الكل في المحيط كتاب الوديعة الايداع في اصطلاح الشرع
تسليط المالك غيره على حفظ ماله قال في المصباح اودعت زيدا مالا
دفعته اليه ليكون عنده وديعة وجمعها ودائع واخذته منه وديعة
فيكون الفعل من الاضداد ولكن الفعل في الدفع اشهر انتهى فعلم منه ان
كلام المص مبني على هذا الاشهر ثم الايداع ينعقد بايجاب وقبول بان قال
اودعتك هذا المال او ما قام مقامه فعلا كان او قولا وقبله الاخر حقيقة
او عرفا فان من وضع ثوبه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك
وذهب صاحب الثوب ثم غاب الاخر وترك الثوب ثم فضاع كان ضامنا
لان هذا قبول للوديعة عرفا والوديعة فعيلة بمعنى مفعولة على ما في المصباح
وفي المغرب يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه
ليكون عنده فانا مودع ومستودع بالفتح ايضا اي وديعة انتهى ما يترك
عند الامين للحفظ وانما سميت بها لانها في اللغة بمعنى الترك وهي اي الوديعة
امانة هذا من قبيل حمل الاعم على الاخص لان الوديعة لا يكون الا بالعقد بالايجاب

والقبول والامانة اعم منه فانها قد يكون بلا عقد كما اذا هبت الريح في ثوب
فالقته في بيت غيره فانه امانة عنده ولا يقال انه وديعة كذا في العناية
فلا تضمن بالهلاك لقوله عم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على
المستودع غير المغل ضمان والغلول والاغلال الخيانة الا ان الغلول في المغنم
والاغلال عام ولان شرعية الوديعة لحاجة الناس اليها فلو ضمن المودع امتنع
الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل المصالح اعلم ان الامانات مضمونة
بالموت مجهلا الا في مسائل منها الناظر اذا مات مجهلا غلات الوقف فانه
لا يضمن ومنها القاضي اذا مات مجهلا اموال الناس عند من اودعها لا يضمن
ومنها السلطان اذا اودع بعض الغنيمة عند الغازي ثم مات ولم يبين من اودعها
لا يضمن ومنها احد المتفاوضين اذا مات ولم يبين حال المال الذي في يده
لا يضمن ومنها الوصي اذا مات مجهلا لا يضمن ومنها الاب اذا مات مجهلا مال
ابنه لا يضمن ومنها الوارث اذا مات مجهلا ما اودع عند مورثه لا يضمن
ومنها انه اذا مات مجهلا لما القته الريح في بيته لا يضمن ومنها انه اذا مات
مجهلا لما وضعه مالكه في بيته بغير علمه لا يضمن ومنها اذا مات الصبي
مجهلا لما اودع عنده محجورا هكذا جمعها في الاشباه نقلا عن الفتاوى وفي
البزازية ذكر مسئلة موت القاضي مجهلا ثم قال بخلاف ما اذا قبض القاضي
مال اليتيم ووضعه في منزله ولا يدري اين وضعه ومات يضمن ثم قال
ولو قال القاضي حال حيوته ضاع مال اليتيم او انفقته عليه لا يضمن وذكر
فيها ايضا مسئلة موت احد المتفاوضين مجهلا نقلا عن التتمة مثل ما في
الاشباه وقيد المال بمال الشركة ولم يطلقه كما اطلقه في الاشباه ثم قال
في الفصل السادس من اخر الوديعة متفاوضان اودع انسان عند
احدهما ثم مات المودع بلا بيان فالضمان عليهما انتهى فعلم منه ان تقييد المال
في مسئلة المتفاوضين بمال الشركة مما لا بد منه في الاستثناء عن
القاعدة المذكورة وقال في شركة البحر نقلا عن الناطقي واما احد المتفاوضين
اذا كان المال عنده ولم يبين حال المال الذي كان عنده فمات فذكر بعض

الفقهاء انه لا يضمن ولحاله الى شركة الاصل وذلك غلط بل الصحيح انه يضمن
نصيب صاحبه كذا في فتاوى قاضيخان وبه تبين ان ما في فتح القدير
وبعض الفتاوى ضعيف وان الشريك يكون ضامنا بالموت عن تجهيل عنانا
او مفاوضة انتهى ما في البحر ثم معنى موته مجهلا ان لا يبين حال الامانة وكان
لا يعلم ان وارثه يعلمها فان بينها او قال في حيوته رددتها فلا تجهيل ان برهن
الوارث على مقالته والالم يقبل قوله وان كان يعلم ان وارثه يعلمها فلا تجهيل
ايضا على ما صرح به في البزازية حيث قال المودع انما يضمن بالتجهيل اذا لم يعرف
الوارث الوديعة اما اذا عرف والمودع يعلم ان وارثه يعلم ومات ولم يبين لا يضمن
ولو قال الوارث انا علمت الوديعة وانكر الطالب ان فسر الوديعة وقال الوديعة
كذا وكذا وانا علمتها وقد هلكت صدق اختلف الوارث والمودع اى الطالب
فقال الطالب انه مات مجهلا وقالت الورثة كانت الوديعة قائمة يوم مات
المودع وكانت معروفة ثم هلكت فالقول للطالب في الصحيح لان الوديعة
صارت دينا في التركة ظاهرا فلا يقبل قول الورثة قالت الورثة رد مورثنا
الوديعة في حيوته لم يقبل قولهم ولو برهنوا انه قال حال حيوته رددتها
تقبل والحاصل ان المودع اذا مات مجهلا فالوارث لا يصدق في دعوى
الهلاك ما بعد موته ولا في دعوى رد مورثه بل القول فيه قول الطالب الا
ان يقيم الوارث بينة بخلاف ما اذا عين الميت المال في حيوته او علم بذلك
فانه يكون امانة في يد الوارث كما في يد المورث فيصدق في دعوى
التسليم او الهلاك على ما صرح به في سادس وديعة البزازية وفي الفصل
الثاني من البزازية ايضا المضارب لو قال قبل موته اودعت مال المضاربة فلانا
ثم مات لا شئ عليه ولا على وارثه ولو انكر فلان ايداعها عنده فالقول له مع
يمينه ولا شئ عليه ولا على الورثة ولو مات فلان قبل ان يقول شيئا ولم يعلم
ان المضارب دفعه اليه الا بقوله لا يصدق عليه وان دفعه الى فلان
بالبرهان او الاقرار منه ثم مات المضارب ثم فلان مجهلا كان دينا في مال
فلان ولا شئ على المودع ولو مات المضارب وفلان حي فقال رددتها عليه في

جحود

حيوته فالقول قوله ولا ضمان عليه ولا على الميت وللمودع ان يحفظها بنفسه
وعياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال الغير على الوجه الذي يحفظ مال نفسه
وهو انما يحفظ مال نفسه بمن في عياله اى من يساكنه سواء كانت نفقته عليه
او لا فيجوز ان يدفع الوديعة اليهم ايضا وعن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة
الى وكيله وهو ليس في عياله او دفع الى امين من امنائه ممن يثق به من مال
نفسه وليس في عياله لا يضمن لانه حفظه مثل ما يحفظ ماله وجعله
مثله فلا يجب عليه اكثر من ذلك ذكره في الزيلعي نقلا عن النهاية وقال وعليه
الفتوى ثم قال وعلى هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة بالعيال
وقال لانه يلزم المودع حفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ ماله حق له ان
يحفظه بشريك العنان والمفاوضة وعبده المأذون له في يده ماله انتهى
علم منه ان المراد بالامين المذكور من يحفظ ماله بوجه من وجوه الامانة
من الشركة والمضاربة والوديعة والعارية وغيرها نحوها الا من يثق به مطلقا
بناء على ظاهر حال المسلم وهذا هو المراد بالامين ايضا في قولهم الامين
يقبل قوله مع يمينه وله السفر بها اى بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند
الجح عند عدم النهي والخوف والذي ظهر من اعادة اللام الجارة ان قوله عند
عدم النهي والخوف متعلق بالسفر وحده ولا يخفى عليك صحة تعلقه بقوله ان
يحفظها بعياله ايضا لان حفظه بعياله مشروط ايضا بعدم النهي وبعدم
خوف الخيانة والامر فيه سهل ثم الذي ظهر من البزازية ان اشتراط عدم النهي
في الحفظ مع عياله ليس على اطلاقه بل في عياله الذي له يد فيه واما في
عياله الذي ليس له يد فيه فلا فائدة في اشتراط عدم النهي على ما تقدم
حيث قال ان كانت الوديعة مما يمسك في البيوت فقال لا تدفعها الى زوجتك
فدفع اليها لا يضمن وقيل لو نهاه عن الدفع الى بعض عياله فدفع ان لم يجد
بدا منه لا يضمن والا يضمن قال لا تدفع الى غلامك فدفع لا يضمن انتهى واعلم انهم
اختلفوا في معنى التعدي في هذا الباب قال بعضهم معناه ترك الحفظ الملتزم
والقصور فيه وقال بعضهم المتعدي هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع

كذا في العناية فالظ منه ان التعدي لا بد فيه من فعل المودع سوى التقصير في
الحفظ والظ من كتبهم هو الاول خلافا لهما فيما له حمل ومؤنة الحمل بالفتح مصدر
حمل الشيء ومنه قولهم ماله حمل ومؤنة يعنون ماله ثقل يحتاج في حمله الى
ظهر واجرة حمال كذا في المغرب بيانها ان للمودع ان يسافر بالوديعة وان كان
لها حمل ومؤنة ان كان الطريق امنا ولم ينه عنه وان كان مخوفا او نهى عنه
ضمن بالاتفاق واذا كان امنا وله بد من السفر فكذلك ضمن وان لم يكن له بد
فسافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه يضمن لانه امكنه تركها في اهله ولا فرق
بين السفر الطويل والقصير هذا عند ابي ح وقالا ليس له ذلك اذا كان له حمل
ومؤنة لكن قيل عند ابي يوسف ليس له الخروج فيما له حمل ومؤنة اذا كانت
المسافة بعيدا لان القصيرة لا يخاف فيها عادة ولهذا تسافر المراة السفر
القصيرة بغير زوج ومحرم وعند محمد ليس له ذلك قريبا كانت المسافة
او بعيدا اذا كان له حمل ومؤنة لانه يلزمه الرد والظ انه لا يرضى به وله
اطلاق الامر لان الامر امره بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان
والمفازة قد تكون محلا للحفظ اذا كان الطريق امنا ولهذا يملك الاب
والوصي المسافرة بمال الصبي ولو كان التلف مظنونا لما جاز لهما ذلك مع ان
ولايتهما نظرية ولهما انه قد يلزم المالك بذلك مؤنة الرد لاحتمال ان
المودع يموت في الطريق والظ انه لا يرضى به فيتقيد به قلنا سلمنا ان المؤنة
قد يلزم المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال
المودع امر المالك فانه امره مطلقا وهو لا يتقيد بمكان فهو لمعنى راجع الى
المالك فلا يبالي به فان حفظها بغيرهم اي بغير من في عياله ضمن لان
المالك رضي بيده لا بيد غيره لان الايدي تختلف في الامانة ولان الشيء
لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب والوضع عند من ليس في عياله
ايداع كالتسليم اليه فيوجب الضمان اعلم انهم اختلفوا في تفسير العيال ههنا
فقيل هو الذي يسكن معه ويجري عليه نفقته وقيل هو الذي يساكن معه
بلا اعتبار النفقة والثاني اعم من الاول فعلى هذا المودع اذا اجر بيتا من داره

من رجل ودفع الوديعة الى هذا المستاجر ان كان لكل غلق على حدة يضمن وان
لم يكن وكل منهما يدخل على الاخر بلا حشمة لا يضمن كذا في البزازية اما الضمان
فلعدم كون هذا المستاجر عياله على التفسيرين واما عدم الضمان في الثاني
فلكون هذا المستاجر في عياله على التفسير الثاني ولو دفع الوديعة الى مستاجره
مشاهرة او مسانهة لا يضمن لانه في عياله على التفسيرين بخلاف المستاجر
مياومة لانه ليس في عياله على التفسيرين قال في البزازية والعيال هو
الذي يسكن معه ويجري عليه نفقته والابوان كالاجنبي حتى يشترط كونهما
في عياله ولا يشترط ذلك في حق ولده الصغير وزوجته حتى لو كانت
الزوجة تسكن في محلة وهو لا ينفق عليها ولا يجيء اليها لا يضمن وكذا لو
دفعت المراة الى زوجها لا يضمن وان لم يكن هو في عيالها والولد الصغير كذلك
لكن يشترط في حقه ان يكون قادرا على الحفظ وفي التفاريق العبرة
للمساكنة لا النفقة الا ترى ان الابن لو ساكن معها وليس في عيالها مخرجا
وتركا المنزل عليه لا يضمنان انتهى كلام البزازية قوله وليس في عيالها اي
ليس عليها نفقته وقال فيها ايضا خلف امراته في منزله الذي فيه ودائع الناس
ثم رجع وطلب الودائع ولم يجدها ان كانت امينة لا يضمن وان كانت غير امينة
وعلم بذلك ومع ذلك ترك الودائع في البيت يضمن وعن هذا قالوا فيمن
اذا ذهب وترك المال على عبد له فذهب العبد بودائع الناس يضمن ان كان
سارقا وهو عالم به انتهى فعلم منه ان جواز الحفظ مع عياله مشروط بكون
عياله امينا لا يظن به الخيانة وقال ابن ابي ليلى لا يضمن المودع بالايداع الى
الاجنبي ولا مودع المودع بالقبض لانه يجب عليه ان يحفظ الوديعة مثل
ما يحفظ ماله ويحفظ ماله تارة بنفسه وتارة بغيره قلنا لم يوجد من
المودع الرضاء بالدفع الى غيره ولا الدلالة على الرضاء اذ لو رضي بالدفع الى
غيره لما اودعه عنده فكان متعديا بالدفع فيضمن الا اذا خاف الحرق او الغرق
فدفعها الى جاره او الى سفينة اخرى فانه لا يضمن بالدفع فانه تعين الدفع
الى الجار او السفينة للحفظ فيكون مرضي المالك فينتفي الضمان لكنه متهم في دعوى

ذلك لادعائه ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب وهو الدفع الى الجار او
السفينة فصار كدعوى الاذن بالايداع فلا بد من اقامة البينة عليه ولا يصدق
بمجرد قوله وفي الزيلعي هذا اذا لم يمكن له الدفع الى عياله في ذلك الوقت
وان امكنه ذلك ودفعها الى الاجنبي ضمن لعدم الضرورة وكذا لو القاها
الى سفينة اخرى وهلكت قبل ان تستقر فيها بان وقعت في البحر ابتداء او بالتدحرج
يضمن لان الاتلاف حصل بفعله هذا وفي المنتقى اذا علم احتراق بيته قبل قوله
بلا بينة وفي الحدادي المودع اذا قال ذهبت الوديعة من منزلي ولم يذهب من
مالي شيء يقبل قوله مع يمينه بلا بينة ولو قال المودع وضعت الوديعة بين
يدي ثم قمت ونسيت فضاعت يضمن ولو قال وضعتها بين يدي في داري
ان كان مما لا يحفظ في عرصة الدار كصرة الذهب والفضة ونحوهما يضمن
ايضا والا فلا انتهى وفي القنية احترق بيت المودع فلم ينقل الوديعة الى
مكان احرز مع امكانه يضمن اذا تمكن من حفظها بنقلها الى مكان احرز قالوا ويعرف
من هذا كثير من الواقعات بعد الطلب فيضمن وكذا اي يضمن لو جحدها عند
انتهى فان طلبها رب الوديعة فحبسها وهو قادر على تسليمها صار غاصبا لانه
متعد بالحبس بعد الطلب فيضمن وكذا اي يضمن لو جحدها عند طلب ربها
لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك بالامساك صار غاصبا
فيضمن وان وصلية اقر بعده لان العقد قد ارتفع بالجحود اذ المطالبة بالرد
رفع للعقد من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود
احد المتعاقدين البيع فتم الرفع ولان المودع قد عزل نفسه عن الوديعة بالجحود
بحضرة من المالك فاذا عزل نفسه ارتفع العقد واذا ارتفع لا يعود الا بتجديده
ولم يتجدد فلم يوجد الرد الى نائب المالك اعني المودع نفسه باقراره فصار
غاصبا بخلاف الخلاف فعلا ثم العود الى الوفاق فان الشيء يرتفع بما ينافيه
والفعل لا ينافي القول اي عقد الوديعة واما الجحود فهو قول ينقض العقد
فينافيه فيرتفع به فلا يعود بخلاف جحدها عند غيره اي غير المالك بان قال له
رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندي وديعة فانه لا يضمنها بهذا

الانكار عند الثلاثة وكذا لو جحدها عند مالكها من غير طلب منه مثل ان يقول
ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندي وديعة لا يضمن لانه من باب
الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين وقال زفر يضمن وذكر الناطفي اذا جحد
المودع الوديعة عند صاحبها يكون ذلك فسخا للوديعة حتى لو نقلها
المودع من الموضع الذي كانت فيه في حالة الجحود يضمن وان لم ينقلها
عن ذلك المكان بعد الجحود فهلكت لا يضمن كذا في قاضيخان ثم قال فيه
ايضا صاحب الوديعة اذا طالب المودع بالرد فجحد فاقام صاحب الوديعة
البينة انه اودعه كذا واقام المودع البينة انها ضاعت عنده لا تقبل بينته
ويكون ضامنا وكذا لو اقام المودع البينة انها كانت ضاعت قبل الجحود وذكر
في المنتقى اذا جحد المودع الوديعة ثم ادعى انه ردها بعد ذلك واقام البينة
قبلت بينته وكذا لو اقام البينة انه ردها قبل الجحود ولو قال انما غلطت في
الجحود او نسيت او ظننت اني رددتها حين دفعتها الي وانا صادق في قولي
هذا واقام بينة قبلت بينته في قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف وان خلطها
اي الوديعة بماله بحيث لا تتميز احترز به عن الخلط بطريق المجاورة مع امكان
التمييز كخلط الجوز باللوز والدراهم البيض بالسود فانه لا ينقطع حق
المالك بالاجماع لتيسر الوصول الى عين حقه واعلم ان خلط المودع على
اربعة انواع ولكل نوع حكم على ما سياتي بيانه واما لو خلطها الاجنبي
او بعض من في عيال المودع فلا يضمن فيه المودع بل يضمن الخالط صغيرا
كان او كبيرا ولا يضمن ابوه لاجله على ما صرح به في اول وديعة
البزازية فان خلطها بجنسها سواء كان الخلط بطريق المزج كخلط الدهن
بمثله والخل بمثله او بطريق المجاورة كخلط الحنطة بمثلها والشعير بمثله والدراهم
البيض بمثلها والسود بمثلها ضمن وانقطع حق المالك منها اي لا شركة
بينهما في المخلوط في المائع وغيره كما ذكرناه عند الامام وعندهما في
غير المائع للمالك ان شركه ان شاء لهما انه يقدر الوصول الى عين حقه
صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان هذا الخلط استهلاكا من وجه دون وجه

فيميل الى ايهما شاء ولا يحج انه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين
حقه وقوله لها وامكنه معنى بالقسمة غير صحيح لان القسمة من احكام الشركة
ومقتضياتها فلا يصلح ان يكون علة موجبة لها والا لانقلب المعلول علة ثم
لو ابراء المالك الخالط سقط حقه عن ذمة المودع عند الامام لانه لاحق
له الا في الدين وقد اسقط وعندهما لا بل انما يسقط خيرة الضمان
لكون الدين متعينا لصرف الابراء اليه فيبقى الشركة في المخلوط وكذا اي
للمالك ان يشترك ان شاء في المايع عند محمد قليلا كان المخلوط او كثيرا بناء
على ان الجنس لا يغلب الجنس عنده كما قال في الرضاع اذ اجمع بين لبن امرأتين
في قدح وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما جميعا عنده بلا فرق
بين القليل والكثير وعند ابي يوسف يصير الاقل تابعا للاكثر فيه اي في المايع
فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل اعتبارا للغالب اجزاء
وان خلطها بغير جنسها بطريق المجاورة او المزج كبر بشعير وزيت بشيرج
ضمن الخالط وانقطع حق المالك منها اجماعا لانه استهلاك صورة لعدم التمايز
بينها ومعنى لتعذر القسمة بسبب اختلاف الجنس لان حقيقة القسمة بالافراز
وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس وهذا على رواية واحدة في الخلط بطريق
المزج بغير الجنس واما في الخلط بطريق المجاورة كخلط البر بالبر فقيل فيه
اختلاف والصحيح انه لا فرق بينهما على ما اختاره المص وهو المذكور في الهداية
لان حبات احدهما لا يخلو عن حبات الاخر وقيل ان خلط البر بالشعير مثل
خلط البر بالبر والشعير بالشعير فكان على الاختلاف المذكور فيه والحاصل
ان الخلط بحيث يتعذر التمييز على اربعة انواع خلط بجنسها بطريق المجاورة
او بطريق الممازجة وخلط بخلاف جنسها بطريق المجاورة او بطريق الممازجة
وقد علم حكم كل منها وان اختلطت الوديعة بماله بلا صنعه كما لو انشق
الكيسان فاختلطا في صندوق المودع اشتركا اجماعا لانه لم يصنع شيئا
يوجب الضمان فان هلك البعض كان من مالهما جميعا اذ الاصل في المال
المشترك ان يكون الهالك والباقي على الشركة وان تعدى المودع فيها اي في

الوديعة بان كانت ثوبا فلبسه او دابة فركبها او عبدا فاستخدمه ضمن ان هلك
من ذلك الفعل هذا اصل كلي في الضمان ومن فروعه اذا قال المودع وضعت
الوديعة في مكان حصين فنسيت قالوا انه يضمن لانه جهل الامانة فيكون
متعديا كما لو مات مجهلا وقال الفقيه ابو الليث انه ان قال وضعت الوديعة
في داري فنسيت المكان لا يكون ضامنا ولو قال لا ادري وضعتها في داري
او في موضع اخر كان ضامنا وهكذا روي عن ابي يوسف ولو قال
وضعت الوديعة بين يدي في مكان ثم قمت فنسيتها او قال سقطت
مني قال الفقيه ابو بكر البلخي يضمن وقال الفقيه ابو الليث ان قال سقطت
مني لا يضمن ولو قال بالفارسية بيفكندم يكون ضامنا لو قال سقطت
الوديعة يضمن وقال الامام ظهير الدين لا يضمن كما لو قال سقطت الوديعة
وعليه الفتوى ولو قال ضاعت الوديعة لا يضمن ولو قال ضيعت لا يضمن
لان الاضاعة والتضييع تعد بخلاف الضياع ولو قال لا ادري كيف ذهبت
قال بعضهم يضمن بخلاف ما لو قال ذهبت ولا ادري كيف ذهبت وقال
شمس الائمة السرخسي الاصح انه لا يضمن على كل حال سواء قال ذهبت ولا ادري
كيف ذهبت او قال لا ادري كيف ذهبت ولم يزد عليه ولو دفع الى
دلال ثوبا ليبيعه ثم قال الدلال وقع الثوب من يدي وضاع ولا ادري
كيف ضاع لا ضمان عليه ولو قال نسيت ولا ادري كيف ضاع قال ابو بكر
محمد بن الفضل لا ضمان عليه ولو قال نسيت ولا ادري في اي حانوت
وضعت يكون ضامنا تجارا اودع عند رجل زنبيلا فيه آلاته ثم ادعى
انه كان فيه قدوم وطلب منه فقال المودع لا ادري ما كان فيه قال
الفقيه ابو جعفر لا ضمان عليه ولا يمين حتى يدعي عليه انه دفعه او ضيعه
فح يحلف فان حلف برئ وان نكل ضمن لو قال المودع دفنت الوديعة ونسيت
موضعها قال ابن شجاع ان دفنها في داره لا يضمن وان دفنها في دار
غيره يضمن قيل له فان دفنها في كرمه فسرقت قال ان كان له باب
فليس بتضييع والا فهو تضييع وكذلك الدار ان لم يكن له باب لو قال

لا ادري اضيعت الوديعة ام لم اضيع قالوا يكون ضامنا ولو قال لا ادري
اضاعت ام لم تضع لا يكون ضامنا لو دفع جوهرا الى رجل ليبيعه فقال
القابض انا ارىها تاجرا لا اعرف قيمتها فضاع الجوهر قبل ان يريه قال محمد بن
الفضل ان ضاعت او سقطت بحركته يكون ضامنا وان سرقت منه او
ضاعت بمزاحمة اصابته من غيره لا يضمن ولو وضع الوديعة في حانوته
وذهب الى الجمعة وترك باب الحانوت مفتوحا واجلس صغيرا ليحفظ
حانوته فذهبت الوديعة من الحانوت قال محمد بن الفضل ان كان الصبي
ممن يضبط الاشياء ويحفظها لم يضمن وان كان ممن لا يضبط ضمن وقال
القاضي الامام علي السغدي لا يضمن على كل حال لانه ترك الوديعة في حرزه
فلا يكون تضييعا ولو دفع الوديعة الى عيال المالك ذكر القدوري
والفقيه ابو الليث والامام السرخسي انه يضمن وذكر محمد بن الفضل
انه لا يضمن لان الرد الى من في عيال المالك يكون ردا على المالك من
وجه والضمان لم يكن واجبا فلا يجب بالشك بخلاف الغاصب اذا رد المغصوب
الى من في عيال المالك فانه لا يبرا لان ثمة الضمان كان واجبا والرد على من
كان في عيال المالك يكون ردا على المالك من وجه فلا يبرا بالشك
كذا في وديعة قاضيخان وقال فيه ايضا رجل تناول مال انسان
بغير امره في حيوته ثم رد المال الى ورثته بعد موته قال ابو بكر محمد بن
الفضل يبرا الظالم عن الدين ويبقى حق الميت في مظلمة اياه ولا يرجى
له الخروج عنها الا بالتوبة والاستغفار للميت والدعاء له وقال فيه ايضا
في فصل براءة الغاصب والمديون رجل له على رجل مال ولم يقدر على
استيفائه قالوا الابراء افضل من ان يدع عليه لان في الابراء تخليص
المديون عن نار الاخرة رجل مات وعليه قرض ذكر الناطفي يرجى ان
لا يكون مؤاخذة في الاخرة اذا كان من نيته قضاء الدين رجل مات
وعليه دين نسيئة ووارثه يعلم ذلك فان الوارث يقضي دينه من مال
الميت ولو ان هذا الوارث نسي ايضا حتى مات لا يؤاخذ الوارث بذلك في

الاخرة

الاخرة لان الوارث لم يباشر سبب الدين في الابتداء فلم يكن ظالما والنسيان
لم يكن منه رجل مات وله على رجل حق ولم يخلف وارثا قالوا يتصدق المديون
بما عليه عن الميت ليكون ذلك وديعة عند الله يوصله الى خصمه يوم القيمة
مسلم غصب من ذمي مالا او سرق منه فانه يعاقب به يوم القيمة لانه
اخذ مالا معصوما والذمي لا يرجى منه العفو ويرجى ذلك من المسلم
فكانت خصومة الذمي اشد وعند الخصومة لا يعطى له ثواب طاعة المسلم
لان الكافر ليس من اهل الثواب ولا وجه ان يوضع على المسلم وبال كفر
الكافر فيبقى خصومته وعن هذا قالوا ان خصومة الدابة يكون اشد من
خصومة الادمي هذا وفي البزازية توجه نحوه السراق فدفنها في الجبانة
خوفا وفر ثم جاء ولم يجدها ان امكنه ان يجعل علامة ولم يعلم يضمن والا
فان جاء على فور الامكان لا يضمن والا يضمن جعل دراهم الوديعة في
الخف الايمن فضاع يضمن وان في الايسر لا يضمن وقيل لا يضمن فيهما انتهى
وفي العمادي اذا جعل المودع خاتم الوديعة في الخنصر او البنصر يضمن
وان جعله في الوسطى او السبابة او الابهام لا يضمن وعليه الفتوى وكذلك
المرتهن ولو كان المودع امراة ففي اي اصبع لبسه يضمن هكذا ذكره نقلا
عن الذخيرة ثم علله بان هذا استعمال من المراة دون الرجل فاذا زال
التعدي بان ردها الى يده بترك اللبس والركوب والاستخدام زال
الضمان وقال الشافعي لا يبرا عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين
صار ضامنا فلا يبرا الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه عن
التقييد بوقت فيوجب بقاء المامور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع
حكم العقد وهو الحفظ المذكور لضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة بالمخالفة
والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا يتعدى الى ما بعدها فاذا ارتفعت
الضرورة بارتفاع المخالفة عاد الامانة فان قيل ان الامر باق فيكون مامورا
بدوام الحفظ وما هذا شانه فالمخالفة فيه رد الامر من الاصل كالجحود على
ما مر فلا يبرا عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود على ما تقدم قلنا

لانم ان المخالفة فيه ردّ له من الاصل لان بطلان الشئ انما يكون بما هو موضوع
لابطاله او بما ينافيه والمخالفة بالفعل والاستعمال ليست بموضوعة لابطال
عقد الايداع ولا منافية له لانه بالقول ولا وضع ولا منافاة بين الفعل
والقول بخلاف الجحود فانه قول موضوع للرد فيجوز ان يكون ردّ القول
مثله الا يرى ان الجحود في اوامر الشرع ردّ لها حتى يكفر به والمخالفة بترك
صلوة اوصوم مامور به ليست برد حتى لا يكفر به بخلاف المستعير والمستاجر
اذا تعديا في العين المستعارة والمستاجرة ثم ازال التعدى لا يبرأ عن الضمان
لان البراءة من الضمان انما يكون باعادة يد المالك حقيقة اوحكما ولم يوجد
في ذلك لان قبضها العين كان لانفسها لاستيفاء المنافع فاذا تركا الخلاف
لم يوجد الرد الى صاحبها لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع لان يده يد المالك
حكما لانه عامل له في الحفظ فاذا ترك الخلاف فقد ردها الى يد صاحبها
حكما فيبرأ اذ هو نائب عنه واما الرهن فهو مثل الوديعة حتى لو تعدى على
الرهن ثم ازال التعدى زال الضمان عنه على ما في قاضيخان حيث قال ومن
حكم الوديعة والرهن انه يخرج من الضمان اذا عاد الى الوفاق بخلاف الاجارة
والاعارة فانه فيها لا يخرج عن الضمان بترك الاستعمال انتهى ومثل المستعير
والمستاجر على ما في العمادية حيث قال فيه فيما يصدق فيه المودع وما
لا يصدق والمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان بخلاف ما اذا
جحد الوديعة او منعها ثم اعترف فانه لا يبرأ الا بالرد على المالك وكذا المرتهن
والمستاجر والمستعير اذا خالف ثم عاد الى الوفاق لا يبرأ انتهى فقد جعل
الرهن مثل الاجارة والاستعارة ثم قال والوكيل بالبيع اذا خالف بان استعمل
العبد ثم عاد الى الوفاق وباعه جاز وكذا الوكيل بالحفظ والوكيل بالاجارة
والاستيجار والمضارب والمستبضع اذا خالف ودفع المال للنفقة في حاجته
ثم عاد الى الوفاق عاد مضاربا ومستبضعا اما مستاجر الدابة اذا نوى الخلاف
او المستعير ثم ندم وترك تلك النية ان كان سائرا عند النية فعليه الضمان
اذا هلكت الدابة اما اذا كان واقفا اذا ترك النية عاد امينا والشريك شركة عنان

اومفاوضة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق عاد امينا هكذا ذكره هذه الجملة ثم ذكر
نقلا عن ابى الليث ولو كان مامورا بالحفظ شهرا فمضى شهر ثم استعمل الوديعة
ثم ترك الاستعمال وعاد الى الحفظ كما كان لا يبرأ عن الضمان لانه عاد الى
الوفاق والامر بالحفظ غير باق انتهى فعلم ماذكره من ان الكل ان الوديعة
يجوز مطلقا وموقتا وان المودع اذا ازال التعدى زال الضمان في المطلق دون
الموقت وهل يلزمه الضمان بمجرد تركه حفظ الوديعة الموقتة بعد مضى الوقت
بلا تعد عليها ففى احر وديعة البزازية المودع اذا ترك حفظها بعد مضى الوقت
قال صاحب المحيط لا يضمن اذا هلكت قيل له ولم لا يجعله مودعا ثانيا بعد
مضى الوقت قال لان المالك رضى بان لا يحفظها بعد مضى الوقت انتهى وهل
يوجد العود الى الوفاق بمجرد نزع ثوب الوديعة فقال في العمادى سئل
ظهير الدين عمن لبس ثوبا لوديعة ودخل المشرعة ليخوض الماء ونزع الثوب
ووضعه على الواح المشرعة سرق الثوب قال لا ضمان عليه لانه
لما نزعه فقد عاد الى الوفاق فلا يضمن وفيه نظر بدليل مسئلة المحرم اذا لبس
المخيط ثم نزعه ثم لبسه ثانيا ان نزعه على قصد اللبس يتحد الجزاء لانه اذا كان
على هذا القصد فكانه دام على ذلك اللبس وان نزعه لا على هذا القصد
يتعدد الجزاء فعلى هذا ينبغى ان لا يبرأ لانه نزعه على قصد اللبس وكذا لو اودعها
ثم استردها اى لو اودع المودع الوديعة بلا اذن صاحبها ضمن للتعدى ثم
استردها زال الضمان كما في ترك اللبس والركوب والاستخدام كما تقدم
وانما فصله عنها لما بينها من المخالفة لانه لو اودعها فهلكت عند الثانى فالضمان
على الاول عند ابى حنيفة وقالا على ايهما شاء على ما سيأتى مصرحا لان الاول خالف
امره والثانى تعدى بقبض مال الغير بغير امره وكلاهما موجب للضمان
ثم ان ضمن الاول لا يرجع على الثانى لانه ملكه بالضمان مستندا فيكون مودعا
ملكه وان ضمن الثانى يرجع على الاول لانه انما لحقه ذلك لسبب الاول
فيكون مغرورا من جهته فصار كمودع الغاصب فانه يرجع على الغاصب
بالضمان ولابى حنيفة ان الثانى قبض المال من يد امين لانه بالدفع اليه لا يضمن

مالم يفارقه لوجود ما هو المقصود وهو الحفظ الذي يحضره رايه لا الحفظ
بصورة يده بدليل انها لو هلكت قبل ان يفارقه لا يضمن واحد منهما بالاتفاق
فعلم بذلك ان الايداع مباح له اذا لم ينقطع رأيه فلم يكن متعديا بمجرد الدفع
مالم يفارقه فاذا لم يكن متعديا لم يكن قبض الثاني من ضمين واذا فارقه
صار مضيعا لها وقت التفرق بترك الحفظ الملتزم بالعقد واما القابض منه
لم يكن متعديا بالقبض بدليل ما تقدم من عدم وجوب الضمان عليهما بالهلاك
قبل ان يفارقه الاول وبعد الافتراق لم يحدث فعلا آخر بل هو مستمر على
الحالة الاولى وهو القبض من امين فلا يكون متعديا ضامنا لانه لما صار
في اوله امينا وجب ان يبقى كذلك حتى يوجد منه فعل يبطله فصار نظيرما
لو هبت الريح في ثوب انسان فالقته في حجر غيره فانه لا يضمن بالاستمرار
مالم يوجد منه فعل كذا هذا والجامع بينهما ان كل واحد منهما لم يكن متعديا في
الابتداء فلا ينقلب متعديا بدون احداث فعل آخر واعلم ان اشياء اذا ملكها
انسان ليس له ان يملك غيره لا قبل القبض ولا بعده منها مسئلة الكتاب
ان المودع لا يملك ايداع الوديعة عند الاجنبي ولو اودع يصير متعديا وكذا
لو اعارها او اجرها او رهنها ومنها المرتهن لا يملك الرهن بغير اذن الراهن
فان فعل وهلك عند الثاني كان للراهن ان يضمن ايهما شاء قيمة الرهن فان ضمن
الاول لا يرجع على الثاني وان ضمن الثاني يرجع على الاول ومنها الوكيل بالبيع لا يملك
ان يوكل غيره اذا لم يقل الموكل اعمل برايك او اذن له في ذلك على ما تقدم
تفصيله في الوكالة ومنها اذا استاجر دابة ليركبها بنفسه لا يملك اجارة
غيره لا للركوب ولا للحمل وكذا اذا استاجر ثوبا للبسه لا يواجر غيره ومنها
اذا استاجر دابة للركوب او ثوبا للبسه لا يملك اعارته للغير ومنها اخذ ارضا
وبذرا من رجل ليزرعها ولم يقل له صاحب الارض اعمل فيه برايك لا يملك
ان يدفع الى غيره مزارعة بخلاف ما اذا كان البذر من قبل الاخذ فان له
ح ان يدفع الى غيره مزارعة على كل حال ومنها المضارب لا يدفع الى غيره
مضاربة مالم يقل له رب المال اعمل برايك على ما تقدم ومنها ان المستبضع لا يملك

الايداع فان ابضع وهلك فلرب المال ان يضمن ايهما شاء ومنها ان المستبضع
لا يملك الايداع ايضا كذا في قاضيخان وان انفق المودع بعضها اي
بعض الوديعة فهلك الباقي ضمن ما انفق فقط لعدم تعديه في الباقي
الا اذا تعيب الباقي بالتبعيض فيضمن الكل اشار بالانفاق الى انه لو اخذ
بعضها او كلها لينفقه في حاجته ثم بدا له فرده الى موضعه ثم ضاعت الوديعة
لم يضمن لان اخذه ولو للانفاق لم ينافي الحفظ بل هو عين الحفظ ومجرد النية
لا يصير متعديا كما لو نوى ان يغصب مال انسان ولم يفعل نظيره مودع
غاب عن بيته فقال له رجل اجنبي ان لي في بيتك شيئا فادفع الي
المفتاح حتى ارفعه فسلم اليه المفتاح فلما عاد الرجل الى بيته لم يجد الوديعة
في موضعها قال محمد بن الفضل لا يضمن المودع لانه بمجرد دفع المفتاح اليه
لم يصر جاعلا بيته في يد الاجنبي فلم يكن متعديا في الحفظ وان رد
مثله اي مثل ما انفقه وخلطه بالباقي ضمن الجميع بعضه باستهلاكه
بالانفاق وبعضه بالاستهلاك فان قيل فاجعل الرد قضاء لا اخلاطا قلنا
ان تفرده بالقضاء بغير محضر من صاحبه لا يجوز ولو جعل علامة على ما رده
من ماله حين خلطه بالوديعة لا يضمن الجميع بل يضمن ما انفق فقط على ما في
غاية البيان وهذا لعدم استهلاك الباقي بالخلط ولو تصرف المودع
فيها اي في الوديعة يتصدق به اي بالربح هذا عند ح ومحمد وعند
ابي يوسف يطيب الربح له اي للمودع يعني اذا ادى الضمان لان شرط طيب
الربح عنده اداء الضمان لا انه يكون ملكه فيطيب له انها انما تصير ملكا له باداء
الضمان مستندا الى وقت وجوبه والمستند ثابت من وجه فيكون الربح حاصلا
له من ملك غيره من وجه فيتصدق به لخبثه ولو باع الوديعة ثم اشتراها
من المشتري ودفعها الى مالكها وسلم له فضل الثمن يطيب له الفضل كذا في
شرح المجمع وان اودع اثنان من واحد شيئا لا يدفع المودع الى احدهما حصته
بغيبة الاخر عند ح خلافا لهما هذا الخلاف في ذوات الامثال من المكيلات
والموزونات وفي غيرها ليس له ذلك بالاجماع على الصحيح على ما في العناية

نقلا عن الفوائد الظهيرية قال حتى اذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد
لم يكن له ان ياخذ نصيبه بالاجماع لها في الخلاف فيه ان الحاضر طلب نصيبه
خاصة فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك ولابي حنيفة ان المودع لا يملك
القسمة بينهما ولهذا لو دفع اليه نصفه لا يكون ذلك قسمة بالاجماع حتى نصيب
الغائب لعدم اذنه بذلك فيكون متعديا بالدفع فيضمن نصفه بخلاف الدين
المشترك لانه يطالبه بتسليم حصته لان الديون تقضى بامثالها فيكون
المديون متصرفا في مال نفسه لا في حق غيره كذا في الهداية والعناية
والزيلعي ولم يقيد والمسئلة بنى المالكان وقد قيدها بذلك في قاضيخان
حيث قال ثلثة اودعوا رجلا مالا وقالوا لا تدفع الى رجل منا حتى يجتمع
كلنا فدفع نصيب احدهم اليه كان ضامنا في قول ابي حنيفة لانه لا يتعين نصيبه
الا بالقسمة والمودع لا يملك القسمة رجلان اودعا رجلا ثوبا وقالا لا تدفع
الا الينا جميعا فدفع الى احدهما كان ضامنا فان اراد المودع ان يخرج نفسه
عن الضمان قالوا الحيلة له في ذلك ان يقول للحاضر الذي يطالبه بعد
ما دفع الى الاول احضر خصمك حتى ادفعه اليكما ولا يقر بالدفع الى الاول
انتهى هذه الحيلة هي المنقولة عن ابي حنيفة في مسئلة الحمامي وهي رجلان
دخلا حماما واودعا عند الحمامي مالا فخرج احدهما فطلبه منه فاعطاه
ثم خرج الاخر فطالبه فتحير الحمامي وذهب الى ابي حنيفة فقال له ابو حنيفة قل له
لا اعطيك حتى تحضر صاحبك فانقطع هذا ولنذكر مسائل الحمام قال في
اول وديعة قاضيخان رجل دخل الحمام وقال لصاحب الحمام اين اضع الثياب
وقال صاحب الحمام في ذلك الموضع فوضع ثمة ودخل الحمام ثم خرج من الحمام
ولم يجد الثوب فقال صاحب الحمام ان صاحبك اخذ وذهب ولم يكن
لصاحب الثوب صاحب فصاحب الحمام ضامن لان قول صاحب الثوب اين
اضع الثوب استيداع عرفا وكلام صاحب الحمام في ذلك الموضع قبول
للوديعة هذا قول ابن سلمة وابي نصر الدبوسي وقال ابو القاسم لا ضمان عليه
والاول اصح عليها في العمادي قال ان كان صاحب الحمام جالسا لاجل الغلة

فوضع صاحب الثوب ثوبه بمراى العين منه ولم يقل باللسان شيئا ودخل الحمام
فان لم يكن للحمام ثيابي يضمن صاحب الحمام لان وضع الثياب بمراى العين منه
استحفاظ وان كان للحمام ثيابي فان كان الثيابي حاضرا لا يضمن صاحب الحمام
شيئا بل يضمن الثيابي لان هذا استحفاظ من الثيابي لا من الحمامي وان كان
الثيابي غائبا ونزع الثياب بمراى العين من صاحب الحمام كان استحفاظا من الحمامي
في يضمن الحمامي دخل حماما فنزع ثيابه بمحضر من صاحب الحمام فلما خرج من
الحمام لم يجد ثيابه ووجد صاحب الحمام نائما قالوا ان كان نائما قاعدا لا يكون
ضامنا لانه مستيقظ حكما فلم يكن تاركا للحفظ وان كان نائما مضطجعا
واضعا جنبيه على الارض كان ضامنا لانه تارك للحفظ دخل الحمام ووضع
ثيابه عند صاحب الحمام فخرج رجل من الحماس ولبس ثيابه ولم يدر انها ثيابه
او ثياب غيره ثم خرج صاحب الثوب وقال ليست هذه ثيابي وقال الحمامي
خرج رجل من الحمام ولبس الثياب فظننت انها ثيابه كان لانه ترك الحفظ كذا
في قاضيخان وقال في العمادي سئل قاضيخان عن المودع دخل الحمام
ووضع دراهم الوديعة مع ثيابه بين يدي الثيابي فضاعت قال وجب
الضمان لانه ليس للمودع ان يودع وقال صاحب المحيط ينبغي ان لا يضمن لانه
ايداع ضمني وانما يضمن بالايداع القصدي وسئل قاضيخان ايضا عمن
دخل الحمام وفي ثيابه خاتم رهن هل يضمن المرتهن قال يضمن لما ذكرناه
وضع الوديعة مع ثيابه على شط النهر واغتسل ولبس ثيابه ونسي الوديعة
ضمن وكذا اذا سرقت حين انغمس ثم قال فيه في ضمان الحمامي نقلا عن الذخيرة
رجل دخل الحمام وقال لصاحب الحمام احفظ الثياب فلما خرج لم يجد ثيابه
فان اقر صاحب الحمام ان غيره رفعها وهو يراه ويظن انه يرفع ثيابه فهو
ضامن لانه ترك الحفظ ولم يمنع القاصد وهو يراه وان اقر اني رايت
احدا قد رفع ثيابك الا اني ظننت ان الرافع انت فلا ضمان عليه لانه لم يصر
تاركا للحفظ لما ظن ان الرافع هو انتهى والشق الاول هو مسئلة قاضيخان
التي ذكرناه انفا الا انه لم يذكر في قاضيخان امر صاحب الثوب بحفظ

ثوبه للحمامي فعلم منه انه يضمن في الشق الاول سواء امر صاحب الثوب بالحفظ او
لم يامر وقال في العمادية ايضا وان سرق الثوب والحمامي لم يشترط له بازاء
حفظه الثياب بشيء واذا شرط له بازاء حفظ الثياب اجرا كان له الاجرة
بازاء الانتفاع بالحمام والحفظ ثم يكون على الاختلاف المعروف لا ضمان عند
الح خلافا لهما لانه اجير مشترك وكذا على هذا الخلاف فيما دفع الثياب
الى الجامدار وسرق منه امراة دخلت الحمام ودفعت ثيابها الى المراة التي
تمسك الثياب فلما خرجت لم تجد عندها ثيابا قال محمد بن الفضل ان كانت
هذه المراة دخلت في اول مرة في هذا الحمام ودفعت ثيابها الى التي
تمسك الثياب فلا ضمان على الثيابية في قولهم جميعا واذا لم تعلم انها تحفظ
الثياب باجر لانها اذا دخلت في هذه الحمام اول مرة ولم تعلم بذلك
ولم تشترط لها الاجر على الحفظ كان ذلك ايداعا منه والمودع لا يضمن
عند الكل الا بالتضييع وان كانت هذه المراة قد دخلت هذا الحمام قبل هذه
المراة وكانت تدفع ثيابها الى هذه الممسكة وتعطيها الاجر على حفظ الثياب
فلا ضمان عليها عند الح خلافا لهما لانه اجير مشترك والمختار في الاجير
المشترك قول الح وقيل هو قول محمد والفتوى على قول الح ان الثيابي
لا يضمن الا بما يضمن المودع وذكر قاضيخان وقال ينبغي ان يكون الجواب في
هذه المسئلة عندهما على التفصيل ان كان الثيابي اجير الحمامي ياخذ كل يوم
منه اجرا معلوما بهذا العمل لا يكون ضامنا عند الكل بمنزلة تلميذ القصار
وان اودع واحد عند اثنين ما يقسم وهو الذي لا يتعيب بالتفريق الحسي
كالمكيل والموزون اقتسماه وحفظ كل من المودعين حصته بالنصف فان
دفع احدهما الى الاخر ضمن الدافع لا القابض عند الح وكذلك الجواب
في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الاخر وعندهما لكل واحد
منهما حفظ الكل اي كل الوديعة بلا اقتسام باذن الاخر لهما انه رضي بامانتهما
فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الاخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله انه رضي
بحفظهما ولم يرض بحفظ واحد منهما كله والرضا بامانة الاثنين لا يكون رضا

بامانة الواحد وهذا لان الفعل كالحفظ متى اضيف الى اثنين فيما يقبل التجزي يتناول
البعض دون الكل فوقع التسليم الى الاخر من غير رضاء المالك فيضمن الدافع
لكونه متعديا لا القابض لانه مودع المودع عنده ومودع المودع لا يضمن
عنده ما لم يتصرف في الوديعة بغير اذن مالكها على ما في اخر وديعة
البزازية بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه اناء
الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في
بعض الاحوال وفي العناية عن المبسوط قول الح اقيس لان رضاه بامانة
اثنين لا يكون رضا بامانة واحد وان كانت الوديعة مما لا يقسم وهو الذي
يتعيب بالتفريق الحسي كالعبد والدابة والثوب الواحد والطبق والحمام
والرحى حفظه احدهما باذن الاخر اجماعا لما ذكرناه وان نهى المالك
عن دفعها اي دفع المودع الوديعة الى عياله وقد ذكرنا تفسير العيال
فدفع الى من له اي للمودع منه بد اي افتراق بان نهاه ان يدفعها الى امراته
فلانة وله امراة اخرى او نهى ان يدفعها الى غلامه فلان وله غلام اخر
فخالفه فدفعه اليه ضمن لان الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على
المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر فان دفع الى من لا بد
له منه كدفع الدابة الى عبده ولا عبد له غيره وشيء عطف على الدابة اي
كدفع شيء يحفظه النساء كعقد اللؤلؤ الى زوجته لا يضمن بالدفع اليه
وان نهاه المالك عنه لانه لا يمكنه الحفظ بدونه فلا يعتبر النهي عنه وان
امر بحفظها اي الوديعة في بيت معين من دار فحفظها في غيره منها اي
من تلك الدار لا يضمن لان بيوت دار واحدة لا يتفاوت فلا فائدة في
التعيين الا اذا كان فيه اي في ذلك البيت خلل ظاهر لا يؤتمن على حفظها
فيه ثم يعتبر التعيين فيضمن بالمخالفة وان امر بحفظها في دار فحفظها
في غيرها ضمن لان الدارين قد يتفاوت حفظا فيعتبر التقييد قال
في قاضيخان رجل اودع وديعة وقال للمودع لا تضع وديعتي في
حانوتك فانه مخوف فوضع في الحانوت فسرقت الوديعة في الليل قال

الفقيه ابو جعفر ان لم يكن منزله احرز من الحانوت وليس له مكان اخر احرز من
الحانوت فلا ضمان عليه وان كان غير ذلك يكون ضامنا ولو دفع بضاعة
وقال المستبضع ضعها في هذا العدل فوضعها في الحقيبة فضاع ضمن
وان قال ضعها في الجوالق من غير اشارة فوضعها في الحقيبة لا يضمن
انتهى وذكر قبل هذا رجل اودع عند انسان وديعة وقال له في السر من
اخبرك بعلامة كذا وكذا فادفع اليه الوديعة فجاء رجل واتى تلك
العلامة فلم يصدقها المودع حتى هلكت الوديعة عنده قال ابو القاسم
لا ضمان على المودع انتهى فعلم منه انه لو قال المالك طلبتها منك برسولي
ومنعتها منه وقال المودع من طلبها من اجنبي ليس برسولك فلم ادفعها اليه
فالقول قول المودع في انكار رسالته وكذا لو قال امرتني بدفعها الى
فلان فدفعتها اليه وانكر المالك دفعه الى فلان فالقول للمودع الا ان كذبه
المالك في الامر بالدفع فح القول للمالك ولنذكر بعض ما يصدق فيه
المودع وما لا يصدق ففي الفصولين ادعى المودع الرد او الهلاك وادعى
رب الوديعة الاتلاف فالقول للمودع ولو برهنا قيل تقبل بينة المودع ايضا
وقيل تقبل بينة المالك لانها تثبت الضمان ولو ادعى المودع دفعها الى اجنبي
للضرورة كحريق ونحوه لا يصدق الا ببينة عند ح وابي يوسف وفي
العدة لو علم وقوع الحريق في بيته قبل قوله والا فلا ولو قال المودع اودعتها
عند اجنبي ثم ردها علي فهلكت عندي وكذبه المالك ضمن المودع الا ان يبرهن
لانه اقر بوجوب الضمان عليه ثم ادعى البراءة فلا يصدق الا ببينة وكذا لو قال
بعثت بها اليك مع اجنبي والمودع ينكر ذلك وكذا لو دفعها الى رسول المالك
فانكر المودع الرسالة ضمن المودع والقول قول المالك ولم يرجع المودع على
الرسول ان صدقه انه رسول المودع ولم يضمن له ضمان الدرك الا ان يكون
المدفوع قائما فيرجع به ولو قال رددتها اليك على يدي او على يد من في عيالي
وكذبه المالك فالقول قول المودع مع يمينه لان حاصل الاختلاف في
وجوب الضمان وهو ينكر فيكون القول قوله بخلاف ما لو قال بعثت بها على يد

اجنبي

اجنبي لانه اقر بوجوب الضمان ثم ادعى البراءة فلا يصدق الا ببينة وكذلك
لو اقر المودع انه استعملها ثم ردها الى مكانها فهلكت لا يصدق في الرد الا ببينة
لانه اقر بوجوب الضمان ثم ادعى البراءة فلا يصدق بدون البينة والحاصل
ان المودع اذا خالف في الوديعة بما يوجب الضمان ثم ادعى العود الى الوفاق
انما يبرا عن الضمان اذا صدقه المالك في العود والا فلا يبرا بدون البينة
على العود بخلاف ما لو اقر بعد الانكار او بعد الرد فانه لا يبرا فيها باقامة
البينة ما لم يدفعها الى المالك على ما تقدم وهل للمولى ان ياخذ وديعة عبده
ففي البزازية ليس للمالك ان ياخذ وديعة عبده ماذونا ام لا ما لم يحضر
العبد معه ويظهر انه من كسبه لاحتمال ان يكون وديعة الغير في يد العبد
فان برهن انه للعبد يدفع اليه انتهى فعلم منه ان المودع لو دفع وديعة العبد
الى مولاه بغير امره فان كانت الوديعة للعبد نفسه لا يضمن المودع وان
لغيره وديعة عنده يضمن ولو اودع المودع بغير اذن المالك فهلكت الوديعة
ضمن الاول فقط عند ح وعندهما ضمن اي المالك ايا شاء من المودع الاول
والثاني وقد ذكرنا وجه الطرفين عند قوله لو اودعها ثم استردها فان ضمن
الثاني رجع على الاول لانه مغرور من جهته لا بالعكس اي لو ضمن الاول
لا يرجع على الثاني لان الاول ملكه بالضمان مستندا فعلم انه اودع ملك نفسه
فلا يرجع ولو اودع الغاصب ضمن من التضمين اي ضمن المغصوب منه ايا شاء
من الغاصب والمودع اما الغاصب فظاهر لانه متعد واما مودعه فلقبضه منه
بلا رضاء مالكه ثم مودع الغاصب ان لم يعلم انه غاصب يرجع على الغاصب قولا
واحدا وان علم فكذلك في ظاهر الرواية وحكى ابو اليسر انه لا يرجع واليه
اشار شمس الائمة كذا في الزيلعي اجماعا اما عندهما فظاهر في مودع المودع
واما عند ح فلان مودع الغاصب مثل الغاصب وغاصب الغاصب ومشتري
الغاصب في التلقي بملك الغير بغير اذنه ابتداء فكذا بقاء يعني ان مودع الغاصب
وغاصب الغاصب والمشتري من الغاصب مثل الغاصب في لزوم الضمان الا
ان كلا منهم لما كان مغرورا من جهة الغاصب عاملا له كان له ان يرجع على الغاصب

بالحفظ من العهدة من جهته ولو اودع حر عند عبد محجور شيئا فاتلفه العبد ضمنه
من التضمين بعد عتقه عند ابي ح ومحمد قال في الفصل الثالث من العمادية
اذا شهد شاهدان على عبد محجور بغصب غصبه او بوديعة استهلكها او شهدا
على اقراره بذلك او شهدا عليه ببيع او اجارة او شراء وانكر العبد ذلك ومولاه
غائب لا تقبل تلك الشهادة على المولى حتى لا يخاطب المولى ببيع العبد وتقبل على
العبد ويقضى عليه ويؤاخذ العبد بها بعد العتق وان كان المولى حاضرا مع العبد
فان ادعى المدعي استهلاك مال او غصب مال فالقاضي يقضي على المولى وان
ادعى استهلاك وديعة او استهلاك بضاعة على العبد المحجور فعندهما لا تسمع
هذه البينة على المولى وتسمع على العبد ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي
يوسف تسمع البينة على المولى وان شهدوا على اقرار العبد بذلك لا يقضى على
المولى سواء كان حاضرا او غائبا انتهى هذا في العبد المحجور واما اذا شهدا
على عبد ماذون له في التجارة واخذ الودائع بشيء من الغصب او استهلاك الوديعة
او الاقرار بها او البيع والاجارة والشراء وانكر العبد ذلك قبلت على المولى
حاضرا كان المولى او غائبا ولا يشترط حضوره عليها في العمادية ايضا
ولهذا قيدنا العبد بالمحجور وان اودع عند صبي عاقل محجور عليه قيدناه
بالعاقل لان الصبي الغير العاقل لا يضمن بالاتفاق وقيدناه بالمحجور لان الصبي
الذي اذن له ابوه او وصي ابيه في التجارة واخذ الودائع بمنزلة العبد الماذون
له حتى اذا شهد الشهود عليه بما يوجب الضمان قبلت شهادتهم عليه سواء كان
الذي اذن له حاضرا او غائبا فيضمن في الحال فاتلفه فلا ضمان عند ابي ح
ومحمد اصلا اي لا في الحال ولا بعد البلوغ وقال ابو يوسف يضمنان للحال
فيباع العبد ولابي يوسف ان محجوريتهما في الاقوال فقط لا في الافعال
ولهما ان المالك استحفظ من ليس باهل التزام الحفظ اما الصبي فلم يصح التزامه
اصلا واما العبد فلم يصح التزامه في حق المولى نظرا له فلا يضمن في الحال
وصح في حق نفسه لكونه مكلفا ادميا فيضمن بعد العتق وفي الحقائق العبد
يشمل المدبر وام الولد لا المكاتب فيضمن في الحال وفي شرح المجمع وعلى هذا

الخلاف في الاقراض والاعارة قال في العمادية نقلا عن الخصاف لو ادعى على صبي محجور
عليه مالا بالاستهلاك او بالغصب فان قال المدعي لي بينة حاضرة يسمع
دعواه ويشترط حضرة الصغير لان الصبي مؤاخذ بافعاله والشهود محتاجون
الى الاشارة لكن يحضر معه ابوه او وصيه حتى اذا لزم الصغير شيء يؤدي
عنه ابوه من مال الصغير وان لم يكن له اب ولا وصي وطلب المدعي من القاضي
ان ينصب له وصيا اجابه القاضي الى ذلك لكن يشترط حضرة الصغير عند
نصب الوصي وقال بعض المتاخرين حضرة الصغير عند الدعاوى شرط سواء
كان الصغير مدعيا او مدعى عليه والصحيح انه لا يشترط حضرة الاطفال
الرضع عند الدعاوى كذا في المحيط وذكر رشيد الدين لا يشترط حضرة
الصبي عند نصب الوصي بل يشترط ان يكون القاضي عالما بوجود الصبي وان
يكون الصبي في ولايته ولكن المختار انه يشترط حضرته عند الدعوى وان
دفع العبد المحجور الوديعة موضوعة عنده الى مثله اي عبد محجور الخ فهلكت
الوديعة عند الثاني ضمن من التضمين الاول بعد العتق عند ابي ح لان الثاني
مودع المودع فلا ضمان عليه عنده على ما سبق وعند ابي يوسف ضمن ايهما
شاء للحال اما الاول فلانه متلف بالدفع الى الثاني واما الثاني فلانه مودع المودع
وهو ضامن عنده في الحال على ما تقدم وان اعتق الثاني اولا وضمنه رجع
على الاول وان اعتق الاول اولا وضمنه لم يرجع على الثاني اصلا على ما في شرح
المجمع وعند محمد ان ضمن الاول فبعد العتق وان ضمن الثاني فللحال لان ضمانه
ضمان فعل لقبضه ملك غيره بغير اذنه فلزمه في الحال ومن معه الف
فادعى كل من اثنين ايداعها عنده فنكل لهما فهي لهما وضمن لهما مثلها لان دعوى
كل منهما صحت فتوجهت لهما اليمين على المنكر فيحلف لهما القاضي بانفراده لان
كلا منهما ادعاه بانفراده ويبدأ بايهما شاء لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية
ولو تشاحا اقرع بينهما كذا في الهداية والمسألة على اربعة اوجه لانه اما ان
يحلف لهما او يحلف للاول وينكل للثاني او بالعكس او ينكل لهما فان حلف لكل منهما
فلا شيء لهما لعدم الحجة وان حلف للاول ونكل للثاني فالالف للثاني ببذله او اقراره

على الخلاف المعروف بين الامام وصاحبيه ان اليمين بذل او اقرار وان عكس فالالف
للاول ولا شئ للثاني وان نكل للثاني ايضا فالالف بينهما لانه اوجب الحق لكل منهما
عليه ببذل له او اقراره وعليه الف اخر بينهما لان نكوله اوجب لكل منهما كل الالف
كان ليس معه غيره فاذا صرف اليها فقد صرف نصيب هذا الى ذلك ونصف
نصيب ذاك الى هذا فيغرم ذلك والله اعلم **كتاب العارية** قيل هي مشتقة
من التعاور بمعنى التناوب فكانه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان
يعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلف في تعريفه قال عامة الفقها
هي تمليك منفعة بلا بدل احترز بقوله منفعة عن الهبة وبقوله بلا بدل عن
الاجارة وقال الكرخي وهو المروي عن الشافعي هي اباحة الانتفاع بملك الغير
لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيها ولا يملك
الاجارة من غيره وكل ذلك يدل على انها اباحة لا تمليك لان التمليك لا ينعقد
بلفظ الاباحة ولا بد له من ضرب المدة لان تمليك المجهول لا يصح ولا يعمل
الا بضرب المدة وان المالك لا يملك النهي كالاجر لا يملك نهي المستاجر عن
الانتفاع بالمستاجر بخلاف المعير فانه يملك النهي عن الاستعمال ولو كان
تمليكا لما ملكه وان المستاجر يملك ان يوجر العين المستاجرة لتملكه منافعها
بخلاف المستعير فانه لا يملك الاجارة فلو كانت الاعارة تمليكا لجاز له ذلك
وقالت العامة انها تنبئ عن التمليك فان العارية مشتقة من العرية وهي
العطية وهي تمليك ولهذا تنعقد بلفظ التمليك مثل ان يقول ملكتك منفعة
داري هذه شهرا فان قيل المنافع اعراض والاعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك
قلنا بعد تسليم عدم بقاء الاعراض ان المنافع قابلة للتملك والتمليك بعوض وبغير
عوض كالاعيان والجامع بينهما دفع حاجة الناس لانها انما شرعت لدفع
حاجة الناس فان قيل قد تقرر في محله ان التعريف لا يعلل فكيف يصح ما
ذكره العامة على تعريفهم المذكور لانه من قبيل الاستدلال على التعريف قلنا
ان تعريفهم المذكور ان كان تعريفا لفظيا فلا نسلم انه لا يقبل التعليل كيف
وانه من المطالب التصديقية على ما بين في محله وان كان حقيقيا يجوز ان يكون

ما ذكروه بيانا لوجه المناسبة بينه وبين معناه اللغوي لا استدلالا ويجوز
ان يكون بيانا لخواص يعرف بها المعرف لا استدلالا والجهالة في العارية
لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا يحتاج الى ضرب المدة والممنوع هي
الجهالة المفضية الى المنازعة وعمل النهي فيها ليس باعتبار انه ليس في العارية
تمليك بل من حيث انه بالنهي يمتنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يتملكها بعد
وله ذلك لكونها عقدا غير لازم وانما لا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر
لا لعدم التمليك فيها ولا تكون اي الاعارة الا فيما ينتفع به مع بقاء عينه كالثوب
والدابة هذا شروع في بيان شرطها بعد ذكر تعريفها فشرطها هو امكان
الانتفاع مع بقاء العين سواء كان مشاعا او لا لان اعارة المشاع جائز كما
صرح في العمادية وغيرها واعارة المكيل كالبر والشعير ونحوهما والموزون
كالدراهم والدنانير وغيرهما من الموزونات والمعدود قرض في المعنى لان
الانتفاع بها لا يمكن الا باستهلاك عينها ولا يملك الاستهلاك الا بتمليكها وذلك
لا يكون الا بالهبة او القرض والقرض ادناهما ضررا فيحمل عليه الا ان عين
انتفاعا يمكن رد العين بعده اي بعد الانتفاع مثل ان يعيرها لان يزين
بها دكانه او يعاير بها ميزانه فانه يكون عارية لا قرضا لامكان رد العين
بعد الانتفاع بها قال في البزازية مفرعا على هذا الشرط فاذا قال اعرتك
هذه القصعة من الثريد فاخذها واكلها يضمنه ويكون قرضا الا اذا كان
بينهما انبسوطة تدل على الاباحة وتصح اي الاعارة باعرتك لانه صريح فيها
ومنحتك تولى هذا او جاريتي هذه اذا لم يرد به الهبة فان المنح لتمليك العين
عرفا وعند عدم ارادته يحمل على تمليك المنفعة وتحقيقه ان المنح في اصله
ان يعطي الرجل ناقة او شاة ليشرب لبنها ثم يرد اليه ثم كثر ذلك حتى قيل
في كل من اعطى شيئا منح فاذا الهبة افاد ملك العين والا بقي على
اصل وضعه فسقط ما توهم انه اذا كان حقيقة عرفية في تمليك العين
فلا يحتاج الى ارادته لان حقيقة اللفظ مستغنية عن النية واطعمتك ارضي
لان الاطعام اذا اضيف الى ما لا يؤكل عينه يراد به اكل غلتها مجازا بعلاقة

الحالبة والحلبة وحملتك على دابتي اي اذا لم يرد به الهبة لانه مستعمل فيها عرفا كما يقال حمل الامير فلانا على الفرس يراد به الهبة وفي العارية ايضا لغة لانه في اللغة الاركاب فاذا استعمل فيها صحت نيته ايهما اراد وان لم يكن له نية يحمل على الادنى وهو العارية لتيقنه واخدمتك عبدي لانه يراد به العارية لانه اذن له في الاستخدام اذا لم يرد بذلك الهبة والذي ظهر منه ان ذلك اشارة الى الاخير لكن مقتضى ما صرح في الهداية والزيلعي وغيرهما ان يكون ذلك اشارة الى منحتك وحملتك وداري لك سكنى او داري لك عمري سكنى لان قوله داري لك يحتمل امرين وقوله سكنى محكم في ارادة منفعة السكنى فيحمل عليه وللمعير الرجوع متى شاء لان المنافع تحدث شيئا فشيئا ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها فرجوعه امتناع عن تمليك ما لم يحدث فله ذلك الحلقه فاشار الى ان له الرجوع سواء كانت العارية مطلقة او موقتة قال في البزازية وللمعير ان يرجع في العارية اطلق او وقت لانها غير لازمة فاذا رجع وطلبها فلم يردها المستعير عليه حتى هلك يضمن ولو قال دعها عندي فتركها وهلك لا يضمن طلبها فقال ادفع ومضى شهر حتى هلك ان كان عاجزا وقت الطلب من الرد لا يضمن وان قادرا ان اظهر المعير الكراهة واسخط في الامساك وامسك يضمن وكذا ان سكت وان صرح بالرضاء بان قال لا باس في امساكه لا يضمن وان لم يطلب وهو لم يرده حتى ضاع ان كانت العارية مطلقة لا يضمن وان قيدها بوقت بمضي الوقت ولم يرده يضمن وكذا لو كانت مقيدة بان استعار قدوما لكسر الحطب فكسر ولم يرده حتى ضاع ضمن استعار ركابا فضاع فجاء مالكه فلم يخبره بالضياع ان لم يكن ايسا من وجوده لا ضمان عليه وان ايسا من وجوده ضمن قال صدر الشهيد هذا التفصيل خلاف ظاهر الرواية فانه اذا وعده الرد ثم ادعى الضياع يضمن للتناقض اذا كان دعوى الضياع قبل الوعد وبه يفتى ولو ردها بيد اجيره او عبده يبرأ عن الضمان ولو ردها الى عبد رب الدابة او اجيره او من في عياله يبرأ لكنه ان كان عبد رب الدابة عبده الذي يقوم على الدابة يبرأ قياسا

واستحسانا

واستحسانا وان كان لا يقوم عليها يبرأ استحسانا ولو هلكت المستعار او نقصت بالتعيب بلا تعد فلا ضمان لانه امانة فلا تضمن بلا تعد قال الشافعي تضمن اذا هلكت في غير حالة الاستعمال ولو بلا تعد لانه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن انما ثبت لضرورة الانتفاع بها فلا يظهر فيما وراء الاستعمال ولهذا كان واجب الرد فصار كالمقبوض على سوم الشراء قلنا ان الضمان اما ان يجب بالعقد او بالقبض او بالاذن وليس شيء يوجب الضمان اما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان اصلا لانه تمليك المنافع بغير عوض او اباحتها على الخلاف الذي ذكرناه من قبل وما وضع لتمليك المنافع لا تعرض فيه للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض فلانه انما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف اليه والاذن من المالك وان لم يثبت الا لاجل الانتفاع بها الا ان قبضه ايضا لم يكن الا للانتفاع بها ايضا فلم يكن ثمة تعد ولا ضمان بدونه ووجوب الرد لا يدل على انه مضمون لانه انما وجب رده لمؤنة القبض الحاصل كنفقة المستعار لا لوجوب الضمان عليه والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لا بالقبض لان الماخوذ بالعقد له حكم العقد فكان العقد فيه موجودا حكما صيانة لاموال الناس فصار مضمونا به بالعقد وليس في الاعارة عقد يوجب الضمان حقيقة ولا حكما وانما الموجود فيها هو عقد الاعارة وهو لا يوجب الضمان على ما ذكرناه فيده بعدم التعدي لانه لو هلك بالتعدي يضمن وكذا لو نقص بالتعدي يضمن النقصان على ما ذكره في ضمان العارية من ضمانات العارية حيث قال نقلا عن فتاوى الديناري اذا انتقص العين المستعار في حالة الاستعمال لا يجب الضمان بسبب النقصان اذا استعمله استعمالا معهودا انتهى فانه يدل على انه اذا استعمله استعمالا غير معهود يجب الضمان بسبب النقصان وهل يضمن بشرط الضمان ففي الاشباه ان العارية اذا اشترط فيها الضمان على

المستعير تصير مضمونة عندنا في رواية ذكره الزيلعي وجزم به في الجوهرة
ولم يقل في رواية ولكن نقل بعده فرع البزازية عن الينابيع ثم قال في الوهبانية
والعين الموجرة لا يضمنان بحال وقال في البزازية قال اعرني هذا على انه ان ضاع
فانا ضامن له فاعاره فضاع لم يضمن انتهى اي ضاع بلا تعد ولا توجر العارية
لان الاجارة فوقها والشئ لا يتضمن فوقه فلا يشملها اللفظ ولانا لو صححناها
فاما ان يكون لازما او غير لازم وكلاهما باطل اما الثاني فلانه خلاف مقتضى
الاجارة فانه عقد لازم واما الاول فلانه ح يكون بتسليط المعير ومن مقتضيات
عقد الاعارة فلا يقدر المعير على الاسترداد الى انقضاء وقت الاجارة فيكون
عقد الاعارة لازما وهو خلاف مقتضاه ايضا وفيه زيادة ضرر بالمعير
ايضا فابطلناه واذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم
بالاجاره والمعير مخير يضمن ايهما شاء على ما سيأتي ذكره ولا يرهن كالوديعة
لان الرهن ايفاء وما ليس له ان يوفي دينه بمال غيره بغير اذنه ولان فيه
ضررا لان الرهن عقد لازم بعد القبض من جهة الراهن فصار كالاجارة واختلفوا
في ايداعها قال بعض مشايخنا ليس للمستعير ان يودع العارية مطلقا و
واختاره الكرخي مستدلا بمسئلة الجامع الصغير ان المستعير اذا بعث
العارية الى صاحبها على يد اجنبي فهلكت في يد الرسول ضمن المستعير العارية
وليس ذلك الا الايداع منه قال الباقلاني هذا القول اصح لان الايداع تصرف
في ملك الغير وهو المعير بغير اذنه قصدا بخلاف الاعارة لانها تصرف
في المنفعة قصدا وتسليم العين من ضروراته فافترقا وقال بعض مشايخنا
له ان يودع العارية لانها دون الاعارة فاذا جاز له اعارتها فايداعها
اولى وبه اخذ الفقيه والصدر الشهيد وقيل وعليه الفتوى ونسبه الزيلعي
الى الاكثر ولقائل ان يقول انما جاز له ان يعير المستعار لانه ماذون من
جهة المعير له لاطلاق الاذن بالانتفاع به ومثل هذا الاذن مفقود في
الايداع فهو باق على اصل الحجر فليس له ان يودع فان قيل انه اذا اعاره فقد
اودعه لتضمنه له قلنا الايداع في ذلك ثبت ضمنا وتبعا لا قصدا والشئ

قد يثبت

قد يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وصريحا الا ترى ان بيع حمل الجارية تبعا لامها صحيح
ولا يصح بيعها قصدا وصريحا وقد ثبت انه لا معتبر بالضمنيات ولهذا اختار
شيخ الاسلام في واقعاته القول الاول وقال ليس للمستعير ان يودع عند
غيره لانها امانة في يده كالوديعة وقال بعض مشايخنا له ذلك ولكن
الاصح هو الاول فان اجرها فتلفت ضمن من التضمين اي ضمن المعير ايهما شاء
من المستعير والمستاجر لان المستعير صار غاصبا بالتسليم الى المستاجر
بغير اذن المعير والمستاجر صار غاصبا لملك الغير بغير اذنه فتحقق في كل
منهما موجب الضمان فان ضمن الموجر اي المستعير لا يرجع الموجر على احد لانه
ظهر بالضمان انه اجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر رجع المستاجر على الموجر
ان لم يعلم انه عارية دفعا لضرر الغرور من جهته لانه صار مغرورا من جهته
وعلى هذا التفصيل لو رهن المستعير العارية حيث كان للمعير تضمين ايهما شاء
من الراهن والمرتهن فان ضمن الراهن لا يرجع الراهن على احد وان ضمن
المرتهن يرجع المرتهن على الراهن لما ذكرناه وله اي للمستعير ان يعير ما اي
مستعارا لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل على الدابة واستخدام العبد
والسكنى والزراعة لانها تمليك المنافع على ما تقدم والمالك يملك التمليك
كالمستاجر يملك الايجار والموصى له بالخدمة يملك الاعارة لا ما يختلف
كالركوب اي عين مستعملا دفعا لمزيد الضرر عن المعير لان الناس يختلف
في الركوب وان لم يعين جاز ايضا اي كما لا يختلف ما لم يتعين المستعمل
بالفعل فان تعين لا يجوز ثم فرع عليه بقوله فلو ركب هو اي المستعير ليس
له اركاب غيره وان ركب غيره ليس له ان يركب هو لانه تعين باختياره الفعل
فيكون خلافه تعديا فيضمن تفصيل هذا ما ذكر في ضمانات العمادية
قال فيها هل للمستعير ان يعير ان كان الاعارة مطلقة له ان يعير سواء كان
المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به او شيئا لا يتفاوت الناس
فيه حتى ان من استعار دابة للركوب ولم يبين الراكب او استعار ثوبا ولم يبين
اللابس فله ان يعير للركوب واللبس وان كان الناس يتفاوتون في الركوب

واللبس ولكن انما يعير لغيره اذا لم يركب او لم يلبس بنفسه اما اذا ركبها او لبس
بنفسه فقد اختلف المشايخ فيه قيل ليس له ان يعير ولو اعار يضمن وهو
اختيار فخر الاسلام وقال بعضهم له ان يعير ولو اعار لا يضمن وهو اختيار
شيخ الاسلام ابي بكر وشمس الائمة السرخسي وكذلك في الابتداء لو اركب
غيره او البس غيره ثم اراد ان يركب بنفسه او يلبس بنفسه فعنده اختلاف
المشايخ على نحو ما ذكرنا هذا اذا كانت الاعارة مطلقة وان كانت مقيدة كان
للمستعير ان يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به وليس له ان يعير فيما
يتفاوت الناس فيه حتى ان من استعار دابة ليحمل عليها بنفسه او دارا ليسكنها
او عبدا ليخدمه فله ان يعير من غيره لان الناس لا يتفاوتون في هذه الاشياء
ولو استعار ثوبا ليلبسه بنفسه او دابة ليركبها بنفسه ليس له ان يعير غيره
ولو اعار شيئا وقال لا تدفع الى غيرك فدفع فهلك عنده يضمن انتهى وان قيد
المعير العارية بنوع او وقت او بهما ضمن بالخلاف اي بما سماه من القيد بنوع او وقت
او بهما الى شر فقط اي لا بالخلاف الى مثله كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من
هذه الحنطة فحملها قفيزا من حنطة اخرى مثله او الى خير منه كما اذا حمل مثل ذلك
الحنطة شعيرا هذا استحسان وفي القياس يضمن لانه خلاف وعند اختلاف
الجنس لا يعتبر المنفعة والضرر الا يرى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف
دينار لا ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة
اذ مقصوده من التقييد دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من
الشعير اخف على الدابة فهو انفع وان اطلق فيهما اي في النوع والوقت فله الانتفاع
باي نوع شاء في اي وقت شاء فلو استعار دابة ولم يسم شيئا فله ان يركب
ويركب ويحمل متى شاء لانه يملك التصرف على الوجه الذي اذن له فيه واعلم
ان العارية اذا كانت موقتة بوقت فامسكها بعد الوقت فهو ضامن سواء كانت
العارية موقتة نصا او دلالة حتى ان من استعار قدوما ليكسر الحطب
فكسره فامسك حتى هلك يضمن لكونها موقتة دلالة كذا في العمادية نقلا
عن الفتاوى قاضي ظهير وفيها ايضا نقلا عن شرح شيخ الاسلام ابي بكر اذا لم يكن

العارية موقتة لكنه قال لحمل عليها حنطة فمكث ينقل الحنطة عليها اياما فلا ضمان
عليه لان العارية مطلقة وفي العدة العارية لو كانت مقيدة بالوقت مطلقة
في غيره نحو ان يعيره يوما فهذه العارية مطلقة الا في حق الوقت حتى لو لم يردها
بعد ما مضى الوقت مع الامكان ضمن اذا هلكت سواء استعملها بعد الوقت او
لم يستعملها وهو المختار ولو كانت مقيدة بالمكان فهي مطلقة الا من حيث المكان
حتى لو خالف في المكان ضمن وان كان هذا المكان اقرب من المكان المأذون فيه
وكذا لو امسك الدابة في الموضع الذي استعمله ولم يذهب الى الموضع الذي
استعارها فيه ضمن وفي الذخيرة ولو استعار دابة الى الليل وهلكت قبل
الليل لا يضمن وان هلكت في اليوم الثاني ضمن قال بعض مشايخنا انما يضمن
لو امتنع بها في اليوم الثاني حتى يصير غاصبا اما بدون ذلك فلا يضمن كما في
المودع اذا امسك الوديعة بعد انقضاء المدة بان قال له المالك احفظ وديعتي
اليوم فهلكت في اليوم الثاني لا يجب الضمان ومنهم من قال يجب الضمان على
كل حال واطلاق محمد يدل عليه وبه كان يفتي شمس الائمة السرخسي وهؤلاء
فرقوا بين العارية والوديعة والفرق بوجهين احدها ان المستعير انما امسك
العين بعد انقضاء المدة لمنفعته لانه امسك بقبضه السابق وقبضه السابق
كان لنفسه فانتهت المدة وهو قابض لنفسه فيضمن ولا كذلك المودع والثاني
ان رد المستعار لازم على المستعير بعد انقضاء المدة فكان المالك قال
له رد المستعار علي فاذا لم يرد فقد امتنع عن الرد بعد طلب المالك فيضمن
ولا كذلك المودع لان رد الوديعة ليس على المودع بل هو على المالك وفي
فتاوى قاضي ظهير استعار دابة الى موضع كذا فله ان يذهب عليها ويجيء ويعيرها
من غيره وان لم يسم لها موضعا ليس له ان يخرج بها من المصر وفي فتاوى
رشيد لو استعار دابة شهرا فهو على المصر وكذا في عارية الخادم واستيجاره
وكذا الموصى له بالخدمة فهو على المصر وفي الذخيرة روى بشر عن ابي يوسف
من استعار دابة او ثوبا حتى وقع الاستعمال في المصر ثم خرج بها عن المصر
فان استعملها فهو ضامن وان لم يستعملها ففي الثوب لا ضمان لانه حافظ له

خارج المصر وفي الدابة يجب الضمان لانها بمجرد الخروج تصير عرضة للتلف فيكون
اخراجها تضييعا له معنى فيصير ضامنا وفي واقعات الامشي لو هلكت الدابة
العارية في يد المستعير فان كان العقد مطلقا لا يضمن سواء هلك في حالة
الاستعمال او في غيره وعند الشافعي ان هلكت في حالة الاستعمال يضمن
والا فلا وان كانت موقتة فان هلكت في المدة فعلى هذا الخلاف والا ان هلكت
بعد مضي المدة يضمن في قولهم جميعا لانه امسكها بعد انقضاء المدة بغير
اذن المالك فصار غاصبا هذا اذا لم يعين جهة الانتفاع اما اذا عين ثم خالف
فهذا على ثلثة اوجه اما ان خالف في المعنى مع اتحاد الجنس او خالف في
الجنس او خالف في القدر اما الاول فهو ان يستعار دابة ليحمل عليها عشرة
مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عشرة مخاتيم من حنطة اخرى لم يضمن وكذا لو استعا
ليحمل عليها من حنطة نفسه فحمل مثل ذلك من حنطة غيره لان مثل هذا التقييد
لا يفيد واما الثاني وهو ان خالف في الجنس بان استعارها ليحمل عليها
عشرة اقفزة حنطة فحمل عليها عشرة اقفزة شعير ففي القياس يضمن وفي
الاستحسان لا يضمن على ما ذكرنا وجهها واما الثالث وهو ان خالف في
القدر بان استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل خمسة عشر مختوما
فهلكت فان علم ان هذه الدابة لا تطيق حمل هذا القدر ضمن كل قيمتها وان علم
انها تطيق يضمن ثلث قيمتها توزيعا للضمان على القدر المأذون فيه وغير المأذون
فيه بخلاف ما اذا امر انسان بضرب عبده عشرة اسواط فضربه احد عشر
سوطا ومات العبد يضمن نصف القيمة لان المعتبر في القتل عدد الجناية
لا عدد الجناياة لان القليل من الجراحة في القتل مهلك والكبير في غير
القتل غير مهلك فاعتبرنا هنا عدد الجناة وتصح اعارة الارض للبناء والغرس
لان منفعتها معلومة ويجوز الانتفاع بها شرعا واجارتها فكذا اعارتها بل هي
اولى لكونها تبرعا وله اي للمعير ان يرجع متى شاء لان العارية غير لازمة فكان
له ان يرجع اي وقت شاء ويكلفه اي المستعير قلعهما اي قلع البناء والغرس لانه
شاغل ارضه بملكه فيؤمر بالتفريغ ولا يضمن المعير قيمة البناء والغرس ان لم يوقت

الاعارة لانها غير لازمة فلم يكن غارا له بالاطلاق فلا يضمن وان وقت ورجع
قبله كره له ذلك لما فيه من خلف الوعد وضمن ما انفق من البناء والغرس
بالقلع لانه يصير غارا له بذلك حيث نص على تركهما في يده الى الوقت
المذكور فيكون مغرورا من جهته فيضمن بالخلف وقيل يضمن المعير للمستعير
قيمته اي قيمة غرسه وبنائه ويملكه اي يتملك البناء والغرس ذكره الحاكم الشهيد
الا ان يشاء المستعير ان يرفعها ولا يضمنه قيمتها فله ذلك لانه ملكه
واليه اشار بقوله وللمستعير قلعه اي قلع البناء والغرس بلا تضمين
ان لم ينقص الارض به اي بالقلع كثيرا وعند ذلك اي عند نقصان الارض
به الخيار للمالك فان شاء ابقاه بقيمته مقلوعا وان شاء يقلعه ويضمنها
ما نقص منه وان اعارها للزرع لا تؤخذ حتى يحصد الزرع بل تترك في
يده بطريق الاجارة باجر المثل لان فيه مراعاة الحقين وقت ام لا لان
للزرع نهاية معلومة فلا حاجة الى التوقيت بخلاف الغرس والبناء لانه ليس
له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك واجرة رد المستعار والمستاجر
والوديعة والرهن والمغصوب على المستعير والموجر والمودع والمرتهن
والغاصب لان مؤنة الرد تجب على من وجب عليه الرد وهؤلاء قد وجب
الرد عليهم لان المستعير قبضها لمنفعة نفسه ولهذا لو كانت العارية موقتة
فامسكها بعد مضي الوقت ولم يردها حتى هلكت ضمن فاذا قبضها لمنفعة نفسه
وجب الرد عليه فاذا وجب الرد عليه وجب مؤنته عليه ايضا وكذا المستاجر
قبض العين المستاجرة لمنفعة الموجر لان الاجر سلم له فالرد واجب عليه
فكذا مؤنته وكذا الوديعة فان منفعة القبض وهو الحفظ حاصلة
للمودع فيجب الرد ومؤنته عليه وكذا الحال في المغصوب فان القبض فيه
وقع لمنفعة الغاصب واما الرهن فاختلفت فيه عباراتهم ففي الكنز والدرر
وقع في كلام المص من ان مؤنة رد الرهن على المرتهن وعلله في الزيلعي
بان قبض الرهن قبض استيفاء فكان المرتهن قابضا لنفسه فيجب الرد
ومؤنته عليه ايضا وقال في الخزانة والنهاية وقاضيخان والخلاصة

والعادية ان مؤنة رد الرهن على الراهن قال في العادية نقلا عن فتاوى قاضيخان
استاجر دابة او عبدا فان مؤنة الرد بعد الفراغ على صاحب العبد والدابة
وكذا مؤنة رد المرهون يكون على الراهن وكذا رد المبيع بالعيب او بخيار الرؤية
او الشرط على المشترى انتهى ورجح في البحر ما ذكره المص وقال فما ذكره صاحب
الخلاصة وغيره ان مؤنة رد المرهون على الراهن كلام لا يخفى وسكت عليه
وقال في الاشباه مؤنة رد العارية على المستعير الا في عارية الرهن
وفصله في البحر بان رجلا اعار شيئا له حمل ومؤنة ليرهنه فرهنه المستعير
قالوا ان رد هذه العارية على المعير فرقوا بينها وبين غيرها من العوارى ففي
غيرها من العوارى يكون مؤنة الرد على المستعير وفيها على المعير لان هذه اعارة
فيها منفعة لصاحبها فانها تصير مضمونة في يد المرتهن انتهى واذا رد المستعير
الدابة الى اصطبل ربها او العبد او الثوب الى دار مالكه برئ بخلاف الغصب والوديعة
لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والواجب
على المودع هو الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد
الى عياله لما اودعها اياه هذا استحسان والقياس ان لا يبرأ المستعير
بذلك الرد ايضا لانه لم يردها الى مالكها ولا الى وكيل مالكها بل ضيعها
فتضمن بالهلاك كما في الغصب والوديعة ووجه الاستحسان ان في
العارية عرفا ليس في غيرها وهو ان رد العوارى الى دار المالك معتاد كالة
البيت فانه لو ردها الى المالك لردها المالك الى المربط حتى لو استعار عبدا
فرده الى دار مالكه ولم يسلم اليه لم يضمن ولو استعار عقد لؤلؤ لم يردها
الى المعير للعرف في الاول دون الثاني وان رد المستعير الدابة مع عبده
او اجيره مشاهرة او مسانهة برئ لانها امانة عنده وله ان يحفظها على
ايديهم كما في الوديعة وكذا ان ردها مع اجير ربها الا رب الدابة او عبده
يقوم اى كل من الاجير والعبد على الدابة اولا لوجود الرضاء به من المالك
الا يرى انه لو ردها الى المالك فهو يردها الى اجيره او الى عبده قيل لا بد ان يكون
الاجير او العبد ممن يقوم عليها والاول هو الاصح على ما في الهداية بخلاف الاجنبي

والاجير

والاجير مياومة حيث يضمن به ان هلك لانه متعد في الدفع الى يدها وبخلاف
رد شئ نفيس كعقد لؤلؤ الى دار مالكه حيث يضمن به ان هلك لعدم العرف فيه
بل الواجب فيه الرد الى يد مالكه وفي قوله بخلاف الاجنبي اشارة الى ان
المستعير ليس له الايداع من الاجنبي وقد تقدم ان المسئلة خلافية منهم من
قال ان له الايداع ومنهم من قال ليس له الايداع وكانه اختار القول الثاني
او يحمل قوله هذا على ما اذا كانت العارية موقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبي
لانه بالامساك بعد المدة يصير متعديا ومما يتفرع على ان العارية مبنية على
العرف ما ذكره في العادية استعار دابة او استاجرها ليشيع الجنازة فركبها
ثم نزل ودفعها الى انسان ليصلي صلوة الجنازة فسرقت فلا ضمان على المستعير
ولا على المستاجر وصار الحفظ بنفسه في هذا الوقت مستثنى للعرف ولو كان
يصلي في الصحراء فنزل على الدابة وامسكها فانفلتت لا ضمان عليه وفي الذخيرة
ولو طلب من رجل ثورا عارية فقال له المعير اعطيكها غدا فلما كان الغد اخذ
المستعير الثور بغير اذن صاحبه واستعمله فعطب الثور اختلفوا فيه ففي
فتاوى ابي الليث ان عليه الضمان وفي مجموع النوازل لا ضمان عليه استعار
من رجل ثورا يساوي خمسين ليستعمله فقرنه مع ثور يساوي مائة فعطب
الثور العارية ان كان الناس يفعلون مثل ذلك لا يضمن والا يضمن استعار
ثورا ليركب ارضا معينة فكرب ارضا اخرى غير تلك الارض يضمن لو عطب
لان الاراضي تتفاوت في الكراب باعتبار الرخاوة والصلابة واذا ترك
الثور المستعار في المرعى فهلك ان علم ان المعير يرضى بكونه في المرعى وحده
كما هو عادة بعض اهل الرساتيق لا يضمن وان لم يعلم بان كانت العادة مشتركة
يضمن وذكر ابو القاسم استعار دابة واستعملها ثم تركها في الحمار فاكلها
الذئب ضمن وان كانت الحمارة مرخ هذا البقر للمعير اى مرعاه وكان المعير يرضى
بكونها فيها وبان يرعى فيها وحده لا يضمن وفي العدة استعار ثورا فاستغله
ثم فرغ ولم يحل الحبل عن البقر فذهب البقر الى المرج فصار الحبل في عنقه
فشده ضمن ان عطب واذا ربط الحمار المستعار بحبل فاختنق لا يضمن لان

العادة ان الحمار يربط بالحبل واذا حبل الدابة المستعارة في المربط وحبل على الباب
خشبا كيلا يخرج الحمار فسرق ان استوثق وثيقة لا يقدر الحمار على الذهاب
فلا ضمان عليه الكل في العمادية وفي البزازية استعار ثورا ليكرب ارضه
فكرب ارض غيره يضمن لان الاراضي تختلف لينا وصعوبة وكذا لو امسكه في
منزله ولم يكرب حتى عطب ضمن لانه غير ماذون في الامساك لعدم الرضاء به
وكذا في الاجارة اذا امسك ولم يذهب انتهى وهذه المسئلة دليل على انه
قد يصير متعديا بترك الفعل الماذون فيه كما يصير متعديا بخلافه وفي
العمادية استعار فاسا او قدوما ليكسر الحطب في المصر فوضع في بيته حتى
هلك من غير تقصيره لا يضمن عليها افتى به صاحب المحيط وقاضيخان وقال
بعضهم ينبغي ان يضمن لانه ماذون بكسر الحطب لا بوضعه في البيت وبه افتى
الامام جلال الدين وهذا القول بعيد ماذكره البزازية في مسئلة استعارة
الثور ليكرب الارض ولم يكرب وهلك يضمن وينبغي ان يكون في مسئلة
البزازية قولان ايضا ويكتب مستعير الارض للزراعة قد اطعمتني ارضك لازرعها
عند ابي حنيفة خلافا لهما حيث قالا يكتب اعرتني ارضك لان الاعارة هي الموضوعة
لهذا العقد والكتابة باللفظ الموضوع له اولى كما في اعارة الثوب والدار
فانه يكتب اعرتني الثوب لا البستني ولا اسكنتني ولابي حنيفة ان لفظ الاطعام
ادل على المقصود ولانه يخص الزراعة لان الاطعام اذا اضيف الى ما لا يؤكل يراد به
ان المراد به الاستغلال بالتمكين من الزراعة بخلاف لفظ الاعارة فانها
تنتظم الزراعة والبناء ونصب الخيم وغيرها هذا اذا اختلف المعير والمستعير
في الايام او في المكان او فيما يحمل على الدابة فالقول قول رب الدابة مع يمينه
ولو تصرف المستعير وادعى ان المعير اذن له وجحد المعير فالقول قول المعير
ويضمن المستعير الا اذا اقام بينة على الاذن **كتاب الهبة** هي في الشريعة
تمليك عين من اعيان ماله وانما قلنا من ماله لان الهبة لا تتحقق فيما لا يملكه
حتى لو وهب ما قبضه بالبيع الباطل لا يصح لعدم الملك وهل تصح الهبة بالهزل
ففي شرح النقاية للقهستاني انها تصح واستدل في الاشباه بما قال في الخلاصة

والبزازية رجل قال لاخر على وجه المزاح هب لي هذا الشيء فقال الاخر وهبت وقال
هو قبلت وسلم اليه جاز انتهى وهكذا ذكر هذه المسئلة الامام قاضيخان في
فتاواه ثم استدل على جواز هبة المازح بقصة عبد الله بن المبارك وقال
هذه القصة دليل على ما مر ان هبة المازح جائزة انتهى اقول لا دلالة في المسئلة
المذكورة من الخلاصة والبزازية على جواز الهبة بالهزل والمزاح وانما يدل على طلب
الهبة وانما تجوز بقولهما وهبت وقبلت على ما دل عليه قولهما فقال الاخر وهبت
وقال هو قبلت كيف قالوا لجواز الهبة هزلا مع انهم قد صرحوا ان الرضاء شرط
في الهبة والهزل ينافي الرضاء مثل الاكراه كما بين في الاصول فكما لا يجوز
هبة المكره لعدم الرضاء كذلك لا يجوز هبة المازح لعدم الرضاء احترز
بقوله تمليك عين عن العارية والاجارة وهو ظاهر لانهما تمليك منفعة وعن
الوصية ايضا لان المتبادر منه هو التمليك حالا والوصية تمليك العين بعد
الموت بلا عوض اي بلا شرط عوض لا بمعنى اشتراط عدم العوض حتى ينتقض
التعريف بالهبة بشرط العوض احترز به عن البيع لانه تمليك عين بعوض اعلم
ان الهبة تخالف البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب
كاف في الهبة حتى لو حلف ان يهب عبده لفلان فاوجب ولم يقبل هو بر
في يمينه لا في البيع فانه لا يكفي فيه بل القبول ركن منه واما من جهة الموهوب له
فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع فان الملك يثبت بمجرد
القبول من المشتري بدون القبض كذا في العناية وهذا صريح في ان
القبول ليس بركن ولا شرط في الهبة واليه اشار في الخلاصة حيث قال
لو قال لاخر وهبت منك هذا العين فقبض الموهوب له بحضرة الواهب ولم يقل
قبلت صح هـ وهكذا في البزازية ويؤيده ايضا ما قالوا انه لو وهب الدين من
الغريم لم يفتقر الى القبول لكنه قال في الكفاية شرح الهداية ركن الهبة الايجاب
والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان
لا ينتقل الى الغير بدون تمليكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله
وانما يحنث لو حلف ان لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدور له

وهو الايجاب لا القبول لانه فعل الغير انتهى وقال في القنية بعلامة القاضي عبد
الجبار ان الهبة لا تصح الا بقبول بالقول وقال في غاية البيان ان الهبة اسم
لايجاب في ملك من جانب وانه يتم بالمالك الا ان القبول شرط ثبوت الملك لانفس
وجود الهبة قضاء ولذا اذا حلف ان لا يقرله بشيء وان لا يوصي له بشيء فاقر واوصى
هو ولم يقبل الآخر فانه يحنث بلا قبول فكذا هذا بخلاف البيع فانه تمليك من
الجانبين فلا يتم الا بهما انتهى وظاهر عبارة الهداية يؤيد ما في الكفاية فانه
قال وتصح بالايجاب والقبول لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول
لانه ظاهر في كون الايجاب والقبول ركنين ولا يمكن ان يقال المراد بكون
القبول ركنا كونه ركنا في ثبوت الملك بها لا في وجودها فيرجع الى ما في
غاية البيان لان ركن الشيء قد يطلق عليه الشرط ايضا لانه ينافي هذا
التوجيه ان ركنية الايجاب ليس بهذا المعنى بل انه ركن في وجود الهبة
فلا يجوز ان يراد بلفظ الركن هذان المعنيان في حالة واحدة ولكن يمكن
ارجاع ما في العناية الى ما في غاية البيان فالخلاف رجع الى انه ركن او
شرط وصرح في الكافي والتحفة كونه ركنا وقال بعض المشايخ الحق عدم
كونه ركنا مستدلا بما قال اصحابنا انه لو وضع ماله في طريق ليكون ملكا
للرافع جاز وقول المص وتصح بايجاب وقبول ظاهر في ركنية القبول ويحتمل
عدم ركنيته لان اخذ مفهوم الخلاف ليس مذهبنا فلا يلزم عدم الصحة بدون
القبول حتى يلزم كونه ركنا وتتم اي الهبة اي يثبت الملك للموهوب له لان تمام
التمليك بثبوت الملك للموهوب له بالقبض الكامل حتى لو قال قبلت ولم يقبض
حتى افترقا لا يثبت الملك ولا تتم الهبة وان كانت الهبة في مرض الموت لان
الهبة في مرض الموت وان كانت وصية لكنها هبة حقيقة فيفتقر الى القبض
حتى لو وهب في مرض موته شيئا للاجنبي ولم يسلمه حتى مات بطل الهبة
كما صرح به في هبة المريض من العمادية والذي يظهر من كلام المص ان الايجاب
والقبول ركنان والقبض شرط لثبوت الملك للموهوب له اما ركنية الايجاب
والقبول فلما تقدم آنفا واما شرطية القبض فلقوله ثم لا يجوز الهبة الا مقبوضة

اي لا يثبت بها الملك بدون القبض اذ نفس الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق بوجود
الايجاب والقبول ولانها عقد تبرع وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به
وفي اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه الزام التسليم على الواهب وهو لم يتبرع به
بخلاف الوصية حيث ان الملك يثبت بها بدون القبض مع انه عقد تبرع وهذا
لانه لا الزام ثمة زيادة عليها بتبرع به وذلك لان اوان ثبوت الملك فيها بعد
الموت وح لا يتصور الالزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث
متاخر عن الوصية فلم يملكها حتى يقام مقام المالك الموصي فيها فينوب عن ملك
الموصى له على تسليمه فيد القبض بالكامل لاطلاق ما رويناه لان الاطلاق
ينصرف الى الكامل ولحترز به عن هبة المشاع الذي يقبل القسمة من المكيلات
والموزونات والدور قبل القسمة فان هبتها لا تجوز بمعنى لا تفيد الملك عندنا
الا بعد القسمة لان قبضه انما يتم بعد القسمة وقبلها ناقص فلا يثبت بها الملك
وعن هبة المستاجر لان يد المستاجر يمنع القبض لان عقد الاجارة لازمة
كما في البزازية حيث قال وهب لابنه الصغير دارا وفيها ساكن باجر لا يصح
لان يد المستاجر يمنع القبض لكونها لازمة وكذا تصدق المستاجر لا يصح
لما ذكر وعن هبة ما اتصل بملك الواهب اتصال المجاورة وكان مشغولا بحق
الواهب كهبة السرج على الدابة بدونها فان هبته لا تجوز عندنا بالمعنى
المذكور لنقصان القبض لان استعمال السرج انما يكون للدابة فكانت للواهب
عليه يد مستعملة فيوجب نقصانا في القبض وكهبة الدابة التي عليها حمل
بدون الحمل لانها مستعملة للحمل فكانت مشغولة بملك الواهب فيوجب نقصانا
في القبض وكهبة البيت او الجوالق وفيها متاع الواهب لانها لحفظ المتاع
فكانت مشغولة بحق الواهب فيوجب نقصانا في القبض وكهبة الزرع
او الشجر في الارض والثمر على النخل بدون الارض والنخل فانها لا تجوز لنقصان
القبض وكهبة ارض فيها متاع الواهب او زرعه او شجره وكهبة نخل فيه
ثمر الواهب فانها لا تجوز بالمعنى المذكور والحاصل ان هبة الشاغل تجوز وهبة
المشغول لا تجوز قال في خزانة المفتي الاصل في جنس هذه المسائل ان

اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام الهبة لان القبض شرط تمام الهبة واما
اشتغال ملك الواهب بالموهوب له فلا يمنع تمام الهبة مثاله وهب جرابا
فيه طعام لا يجوز ولو وهب طعاما في جراب جاز انتهى بخلاف هبة المشاع
الذي لا يقبل القسمة كهبة نصف العبد او الدابة او البيت او الرحى لان القبض
الكامل فيها غير متصور فاكتفى بالقاصر وبخلاف هبة ما اتصل بملك الواهب
اتصال مجاورة ولم يكن مشغولا بحقه كهبة دابة مسروجة بدون سرجها
وكهبة الحمل على الدابة بدون الدابة وكهبة متاع في البيت بدون البيت فانها
جائزة لعدم شغل الموهوب بحق الواهب وان اتصل بملكه وبخلاف هبة
دقيق في حنطة ودهن في سمسم ونحوهما مما كان المحل معدوما وقت
الهبة فانها باطلة لا يجوز اصلا حتى لو استخرجها وسلمها الى الموهوب له
لم يفد الملك لوقوعها باطلة ابتداء لعدم المحل بخلاف هبة المشاع والمشغول
بحق الواهب مما ذكرناه فانها وقعت جائزة لوجود المحل وقت الهبة الا ان
ثبوت الملك بها للموهوب له يتوقف على القسمة والقبض بعد التفريغ حتى
لو قسم وفرغ الموهوب عن حقه وسلمه يفيد الملك وبخلاف هبة المراة دارها
من زوجها وهي ساكنة فيها وله فيها امتعة والزوج معها ساكن فيها فانها تصح
وتفيد الملك لان المراة مع ما فيها من الدار والمتاع في يد الزوج فتصح وبخلاف
هبة المشغول بملك غير الواهب فانها تجوز كما لو اعار بيتا فوضع فيه المعير او
المستعير متاعا غصبه ثم وهب البيت جاز كما في التلفيق من الفصولين
ولو وهب لعبد رجل فالقبول والقبض الى العبد والمال الى السيد وان كان
العبد صغيرا لا يعقل فالقبض مولاه كذا في الحاوي ويدخل في هبة
الارض ما يدخل في بيعها من الابنية والاشجار من غير ذكر وكذا في الصلح
على ارض او غيرها كذا في القنية وفيها ايضا بعلامة كص الزرع يدخل في
الرهن والاقرار والنفي اي القيمة بغير ذكر ولا يدخل في البيع والقسمة و
الوصية والاجارة والنكاح والعقد والهبة والصدقة وفي القضاء بالملك
المطلق فان قبض في المجلس بلا اذن الواهب صح استحسانا وبعده اي بعد المجلس

لابد من الاذن والقياس ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض
تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق بالاتفاق والتصرف في
ملك الغير بدون اذنه لا يجوز ووجه الاستحسان في الاول ان القبض في
الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان ثبوت الملك يتوقف عليه كما يتوقف على
القبول في البيع ومقصود الواهب من العقد اثبات الملك للموهوب له فيكون
الايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده فكان اذنا له دلالة والقبض
بعد الافتراق ليس كذلك لانا انما اثبتنا التسليط فيه لحاقا للقبض بالقبول
والقبول تقيد بالمجلس فكذا ما قام مقامه بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في
المجلس حيث لم يجز له القبض مع ان تسليطه عليه موجود لوجود الايجاب
منه لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح فيعمل بالنهي الصريح فانتفى التسليط
والحاصل انه اذا اذن له بالقبض صريحا يصح قبضه في المجلس وبعده قياسا
واستحسانا لان الاذن الصريح لا يتقيد بالمجلس ولو لم ياذن بالقبض ولم ينه
عنه ان قبض في المجلس صح القبض استحسانا لا قياسا وان قبض بعد المجلس
لا يصح القبض قياسا واستحسانا وان نهاه عنه لا يصح قبضه ايضا قياسا
واستحسانا لما ذكرناه وههنا بحث من وجوه الاول انه لو كان القبض بمنزلة
القبول في البيع لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح في البيع والثاني
ان مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري بدون اذن البائع جاز له ان
يسترده ويحبسه للثمن والثالث انه لو وهب ثمرا على نخل او قفيزا من صبرة ونحوهما
ما اتصل بملك الواهب والموهوب حاضر فان اخذه او اكتاله في المجلس
لا يجوز له ذلك ما لم ياذن له صريحا لان الجز والاكتيال تصرف في ملك
الواهب فلا يصح بلا اذنه فلم يكن الايجاب فيه تسليطا له وانتقض اطلاق قوله
فان قبض في المجلس بلا اذن صح واجيب عن الاول بان الايجاب من البائع
شطر العقد وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس فلا يصح الامر بعده وفي الهبة
العقد تام وهو يتوقف على ما وراءه فيصح الاذن بعده قلت هذا الجواب انما يمشي
على القول بان القبول ليس بركن في الهبة واما على القول بانه ركن فلا وعن

الثاني بانا لا نسلم ان مقصود البايع من البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه
تحصيل الثمن لا غير و ثبوت الملك له ضمني فلا معتبر به فلم يجعل الايجاب عنه
تسليطا وعن الثالث بان كون الايجاب تسليطا له مقيد بعدم المانع واشتغال
الموهوب بملك الواهب مانع فقول المص فان قبض في المجلس مقيد بعدم المانع
وهل هو مقيد بالقبض فعلا او هو اعم منه ومن القبض قولا ففيه تفصيل فذكر
في الخلاصة والبزازية انه لو قال لاخر وهبت منك هذا العين والعين حاضر
فقبض الموهوب له بحضرة الواهب ولم يقل قبلت ولو لم يقبضه في المجلس
ولكنه قال قبضت قال محمد يصير قابضا بمجرد قوله وقال ابو يوسف لا يصير
قابضا انتهى فعلم ان القبض في كلام المص يعم القول والفعل على قول محمد ويخص
الفعل على قول ابي يوسف ثم القبض في المجلس هل يحصل بالتخلية ام لا ففي
بيوع قاضيخان اجمعوا على ان التخلية في البيع الجائز يكون قبضا وفي البيع
الفاسد روايتان والصحيح انه قبض وفي الهبة الفاسدة كالهبة في المشاع
الذي يحتمل القسمة لا يكون قبضا باتفاق الروايات واختلفوا في الهبة الجائزة
ذكر الفقيه ابو الليث لا يصير قابضا بالتخلية في قول ابي يوسف وذكر شمس
الائمة الحلواني انه يصير قابضا ولم يذكر فيه خلافا فلو باع ثمرا على النخل وخلى بينه
وبين المشتري صار المشتري قابضا ولو وهب ثمرا على النخل وخلى بينه وبين
الموهوب له لا يصير قابضا لانه في معنى المشاع الذي يحتمل القسمة ولو باع دارا
ليست بحضرتهما فقال البايع بعتها اليك وقال المشتري قبلت ذكر في ظاهر
الرواية ان التخلية في الدور والعقار لا يكون قبضا الا بقرب منها وذكر في
النوادر اذا قال البايع للمشتري سلمتها اليك وقال المشتري قبلت والدار ليست
بحضرتهما يصير المشتري قابضا في قول محمد وقال ابو يوسف ان كانت الدار
بقرب منها يقدر على الدخول والاغلاق يصير قابضا والا فلا وفي ظاهر الرواية
يعتبر القرب والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية لانه اذا كان قريبا منه يتصور فيه
القبض الحقيقي في الحال فيقام التخلية مقام القبض اما اذا كان بعيدا لا يتصور
القبض الحقيقي في الحال فلا يقام التخلية مقام القبض وكذلك في الهبة والصدقة

انتهى

انتهى ثم قال في فصل هبة المشاع من كتاب الهبة والتخلية في الهبة الفاسدة
لا يكون قبضا عند الكل كما في البيع الفاسد وفي الهبة الجائزة قبض عند محمد
والموهوب اذا كان غائبا عن حضرة الواهب والموهوب له فالقبض فيها ان
يامره بالقبض وعند ابي يوسف لا يكون التخلية قبضا فيما ينقل حتى يزيله عن مكانه
والتخلية ان يخلي بينه وبين الموهوب له ويقول اقبضه انتهى وذكر فيه ايضا
قبل هذا الفصل رجل قال لاخر وهبت عبدي هذا منك والعبد حاضر بحيث
لو مد يده ناله فقال قبضته قال ابو بكر جازت الهبة من غير قوله قبلت
ويصير قابضا في قول محمد وقال ابو يوسف لا يصير قابضا ما لم يقبض
وان كان العبد غائبا فقال له وهبت منك عبدي فلانا فاذهب واقبضه
فذهب وقبضه جاز وان لم يقل قبلت وبه ناخذ انتهى وهل يثبت القبض
بالاقرار بالهبة ففيه تفصيل قال في قاضيخان رجل قال لاخر كنت وهبت
لي الف درهم ثم قال بعد ما سكت لم اقبضها كان القول قوله لان الاقرار
بالهبة لا يكون اقرارا بالقبض حتى يكون النفي متناقضا رجل اقر انه وهب
لفلان هذا العبد قال بعضهم يكون اقرارا بالهبة والقبض جميعا لان الاقرار
بالهبة المطلقة اقرار بهبة صحيحة تامة وذلك لا يكون الا بعد القبض والاصح
ان الاقرار بالهبة لا يكون اقرارا بالقبض انتهى وتنعقد اي الهبة بوهبت
ولو هزلا على ما في شرح النقاية للقهستاني وقد ذكرنا في اول الكتاب
ما يدل عليه من قاضيخان والخلاصة وهذا لان اللفظ صريح فيها ونحلت
واعطيت لانهما تستعملان بمعنى الهبة عرفا واطعمتك هذا الطعام لان
الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك عينه واذا اضيف الى ما
لا يطعم عينه يراد به العارية كذا في الهداية وذكر في شرح المجمع عن المحيط
اذا قال اطعمتك هذا الطعام فاقبضه فهي هبة لان الاطعام يحتمل التمليك
والاباحة فاذا ذكر القبض عقيبه دل على انه اراد به التمليك لان الهبة هي
المحتاجة الى القبض فهذا دل على ان الاطعام بدون ذكر القبض بعده لا يكون
هبة ويرد عليه ما في الهداية ايضا ان الاطعام لو حمل على تمليك العين حين اضيف

الى ما يطعم عينه لزم ان يحمل في باب الكفارات على تمليك العين ايضا مع انهم عموه ثم
لتمليك العين والاباحة ومن الفاظ الهبة ما ذكر في قاضيخان رجل قال
لغيره هذه الامة لك قال ابو يوسف هذه هبة جائزة يملكها اذا قبض ولو
قال هي لك حلال لا يكون هبة الا ان يكون قبله كلام يستدل به على انه اراد
به الهبة ولو قال وهبت لك فرجها فهي هبة يملكها اذا قبض رجل في يديه
ثوب وديعة لرجل فقال لصاحب الثوب اعطنيه فقال اعطيتك عن محمد يكون
هبة قال لاخر قد متعتك بهذا الثوب او قال بهذه الدراهم فقبضها منه قال
محمد هي عندي هبة رجل دفع الى رجل طعاما وقال هذه منحة لك او دفع
اليه شاة وقال هذه منحة لك فله ان يشرب لبنها وياكل الطعام وكذا لو اعطاه
دراهما وقال هذه منحة لك وكذلك الدينار وما يؤكل ويشرب وقال
ابو ح هو على الهبة وهو قول ابي يوسف ومحمد ثم ذكر بعد اسطر رجل عنده
دراهم لغيره فقال له صاحب الدراهم اصرفها في حوائجك كان قرضا وان كانت
حنطة فقال له صاحبها كلها كانت هبة له ثم قال بعد اسطر رجل قال لاخر
خذ هذا المال فاغز في سبيل الله يكون قرضا وكذا لو دفع اليه دراهم فقال
انفقها ففعل يكون قرضا وهو كما قال اصرفها في حوائجك لان الكلام يحتمل
القرض والهبة والقرض ادناه فيحمل عليه لتيقنه ولو دفع اليه ثوبا فقال
لاخر اعرتك هذه القصعة من الثريد فاخذها واكلها كان عليه مثلها او قيمتها
لان اعارة ما لا يمكن الانتفاع منه الا باستهلاك عينه يكون قرضا قال الفقيه
ابو الليث هذا اذا لم يكن بينهما دلالة الهبة ولانها والا يكون هبة او اباحة
وكسوتك هذا الثوب لانه يراد به التمليك عرفا يقال كسى الامير فلانا ثوبا اي
ملكه منه وكذا لو قال اعطيتك او متعتك هذا الثوب على ما في قاضيخان
واعمرتك هذا الشيء لقوله عم من اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته بعده وجعلته
لك عمرى او عمرك او حيوتك لان اللام للتمليك ولو قال جعلته باسم ابني
فهو الى التمليك اقرب عرفا لان الناس يريدون بهذا التمليك والهبة كذا في
قاضيخان وقال فيه ايضا قبل هذا رجل غرس كرما وله ابن صغير فقال جعلته

لابني

لابني فلان يكون هبة لان الجعل عبارة عن التمليك بخلاف ما لو قال اغرسه باسم
ابني فلان لا يكون هبة ودارى مبتداء لك خبره هبة نصب على الحال من ضمير الظرف
واللام للملك لتسكنها تنبيه على المقصود بمنزلة قوله هذا الطعام لك تاكله وهذا
الثوب لك تلبسه وبينتها اي بينة الهبة في حملتك على هذه الدابة لان الحمل
هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة فحمل عليه بالبينة وان
قال دارى لك هبة بالنصب سكنى وهو تمييز فيكون تفسيرا لما قبله فيحمل على
العارية او سكنى هبة بالنصب ايضا معناه دارى لك بطريق السكنى حال كون
السكنى هبة فتكون عارية لا هبة او دارى لك نحلى بضم النون معناه نحلتها
نحلى اي اعطيتها بلا عوض سكنى تمييز له فيكون عارية لا هبة او دارى سكنى
صدقة اي حال كون السكنى صدقة او صدقة عارية اي حال كون الصدقة
عارية او عارية هبة اي حال كون العارية هبة فعارية اي هذه الالفاظ كلها
من قوله وان قال الى هنا عارية لما ذكرناه وتصح هبة مشاع لا يحتمل القسمة كالحمام
والبئر والرحى والعبد والدابة والبيت الصغير وغيرها مما يتعيب بالتبعيض وهو
الضابط فيما لا يحتمل القسمة وانما تصح الهبة فيه لكفاية القبض الناقص فيه لطلقه
فتشمل الهبة لشريكه ولغير شريكه فان هبة مشاع لا يحتمل القسمة لشريكه وللاجنبي
صحيحة في قولهم جميعا لكنه لا بد من التقييد بكون الموهوب قدرا معلوما
لما ذكره في البحر من انه يشترط في صحة هبة المشاع الذي لا يحتمل القسمة ان
يكون قدرا معلوما حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به لم يجز لانها جهالة
توجب المنازعة انتهى بل لا بد من علم الواهب للموهوب واما علم الموهوب له
فلا يلزم لما ذكره في البزازية قال وهبت حصتي من هذا العبد لك والموهوب له
لا يعلم كم حصته تصح انتهى لا اي لا تصح ولو لشريكه هبة ما يحتملها كالدار والبيت
الكبير والثوب المزروع وغيرها مما لا يتعيب بالقسمة قال في قاضيخان رجل
وهب نصيبه مما يقسم كالدار والارض والمكيل والموزون من غير شريكه لا يجوز
عند الكل وان وهب من شريكه لا يجوز عندنا وقال ابن ابي ليلى يجوز ولو وهب
داره من رجلين لا يجوز عند ح وكذلك كل ما يقسم وقال صاحباه يجوز

ولو وهب داره من رجلين جاز عند الكل وكذا لو اجر داره من رجلين ولو وهب نصف
داره من رجل والنصف الاخر من رجل وسلم الدار اليهما معا جاز وان تقدم
تسليمه الى احدهما لا يجوز وقال ابو ح لا يجوز في الوجهين وفيما لا يقسم كالعبد
والدابة والثوب يجوز هبة المشاع من شريكه وغيره في قولهم انتهى وجعل
ابا يوسف مع محمد في هبة الدار من رجلين حيث قال وقال صاحباه يجوز
وفي الخلاصة جعله مع ابي ح حيث قال وهب داره من رجلين لا يجوز عندهما
وعند محمد يجوز والتوفيق انه محمول على الروايتين عن ابي يوسف وسياتي في
الكتاب مثل ما في قاضيخان وهل يكون الدرهم ما يحتمل القسمة او مما لا يحتملها
يجوز هبة النصف من درهم ففي قاضيخان لو وهب درهما صحيحا من رجلين
اختلفوا فيه قال بعضهم لا يجوز لان تنصيف الدرهم لا يضر فكان ما يحتمل
القسمة والصحيح انه يجوز وبه قال السغدي وشمس الائمة الحلواني لان الدرهم
الصحيح لا ينكسر عادة فكان مما لا يحتمل القسمة حتى لو كان من الدراهم التي تكسر
عادة ولا يضرها الكسر والتبعيض كان بمنزلة المشاع الذي يحتمل القسمة فلا يجوز
والدينار الصحيح قالوا ينبغي ان يكون بمنزلة الدرهم الصحيح رجل معه درهمان
فقال لرجل وهبت منك درهما منها قالوا ان كان الدرهمان مستويين في
الوزن والجودة لا يجوز لان الهبة تناولت احدهما وهو مجهول وان كانا مختلفين
جاز لان الهبة تناولت وزن درهم منها وهو مشاع لا يحتمل القسمة فيجوز
وهل الاثواب المختلفة والدواب المختلفة مما يقسم او مما لا يقسم فقال في
الخلاصة ولو وهب نصف ثوبين او نصف عشرة اثواب مختلفة زطي وهروي
ومروي او نصف دواب مختلفة جاز لانها لا تقسم فان كانت من نوع واحد
لم يجز الا مقصودا انتهى وهل المقبوض بالهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له
ام لا وهل هي تفيد الملك بالقبض ام لا استدل في قاضيخان على انه
مضمون وقال ذكر ابن رستم رجل دفع درهمين الى رجل وقال احدهما هبة
لك والاخر امانة عندك فهلكا جميعا يضمن درهما وفي الاخر امين قال وانما
يضمن لانه اخذه بهبة فاسدة نص انها تكون مضمونة وذكر في مضاربة الكبير

رجل دفع الى رجل الف درهم وقال نصفها هبة لك ونصفها مضاربة عندك
لا يجوز فان هلك المال عند القابض يضمن خمسمائة درهم ولو وهب نصف الدار
او تصدق وسلم ثم ان الواهب باع ما وهب او تصدق ذكر في وقف الاصل
انه يجوز بيعه لانه لم يقبض ولو باعها الموهوب له لا يجوز بيعه لانه لم يملك
نص ان الهبة المشاع فيما يقسم لا تفيد الملك وان اتصل بها القبض وبه قال
الطحاوي وذكر عصام انها تفيد الملك وبه اخذ بعض المشايخ رجل دفع
تسعة دراهم الى رجل وقال ثلثه لك قضاء من حقك وثلثه لك هبة
وثلثه تصدقت بها عليك قال محمد ثلثه قضاء جائزة وثلثه صدقة لم يجز
ولا يضمن وثلثه لم يجز ويضمن نص ان الهبة الفاسدة مضمونة الى هنا
كلام قاضيخان فقد استدل بهذه المسائل على ان الهبة الفاسدة مضمونة
بالقبض وعلم منها ايضا ان افادة الهبة الفاسدة الملك بالقبض خلافية
وقال في الخلاصة الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض والصدقة الفاسدة
كالهبة الفاسدة وانها لا تفيد الملك على المختار فان قسم اي ما يحتمل القسمة
وسلم صح اي يثبت الملك للموهوب له لان هبة مشاع يحتمل القسمة وقعت
صحيحة في نفسها لوجود المحل ولكن ثبوت الملك بها للموهوب له يتوقف على
التقسيم والتسليم ليوجد القبض الكامل فيها اذ لا يكتفى بالقبض الناقص فيما
يمكن فيه القبض الكامل وقد امكن هذا فيما يحتمل القسمة فلا بد فيه من
القسمة والتسليم ليوجد القبض الكامل فمراده بعدم صحة هبتها عدم ثبوت
الملك بها قبل القسمة لا البطلان وبالصحة بعد القسمة ثبوت الملك بها
وقال الشافعي هبة المشاع جائزة في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في
المشاع وغيره كانواع البيع من الصحيح الفاسد والصرف والسلم فان الشيوع
لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالاجماع حتى لو باع وخلى بينه وبين
المشتري خرج عن ضمان البايع ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري
وان كان البيع فاسدا فلو لم يتم قبضه لما دخل في ملكه وكذا يصلح المشاع
ان يكون راس مال السلم وبدل الصرف والقبض شرط فيهما فكذا يصح هبته

ولا يمنع تمام القبض لان المشاع قابل للملك كما في البيع والارث وكل ما هو قابل للملك
فهو محل له فكان العقد صادرا عن اهله مضافا الى محله فلا مانع منه اصلا
فكان جائزا لا يقال ان الهبة تبرع فيجوز ان يكون الشيوع مبطلا فيها لانا نقول
لم يعهد ان الشيوع مبطل في التبرعات كما في القرض والوصية قلنا ان
القبض في الهبة منصوص عليه فيما روينا فيشترط كماله وقبض المشاع ناقص
لانه لا يقبله الا بضم غير الموهوب اليه فلا يثبت به الملك ولان في اثبات
الملك به الزام الواهب شيئا لم يلزمه وهو مؤنة القسمة والتسليم بخلاف ما لا ينقسم
لانه يكتفى فيه بالقبض الناقص ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة انما تلزمه
فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والتبرع به بالهبة هو العين لا المنفعة فايجاب
المهاياة ليس بالزام ما لم يلتزم المتبرع والوصية ليس من شرطها القبض وكذا
البيع الصحيح حتى يتصور كون الشيوع مانعا فيها واما البيع الفاسد والصرف
والسلم وان كان القبض شرطا فيها لكنه غير منصوص عليه فلا يشترط ان
يكون كاملا والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض
القاصر دون القسمة عملا بالدليلين ولا يصح اي يبطل في نفسها هبة دقيق
في بر ودهن في سمسم وسمن في لبن وان وصلية طحن البر واستخرج
الدهن والسمن وسلم الى الموهوب له لان المحل هنا معدوم حالة العقد فلا ينعقد
العقد اصلا كبيع المعدوم فانه باطل فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف هبة
المشاع فانه جائز في نفسه لوجود المحل حالة العقد لكن ثبوت الملك موقوف
على القبض الكامل فلا بد فيه من التسليم والقسمة على ما ذكرناه وهبة لبن
مبتدا خبره قوله كهبة المشاع في ضرع وصوف على غنم ونخل وزرع في
ارض وتمر في نخل كهبة المشاع اي جائزة في نفسها لكن ثبوت الملك موقوف
على الافراز والتسليم والقبض كما في المشاع حتى اذا افرزت هذه الاشياء
عن ملك الواهب وسلمت الى الموهوب له ملكها الموهوب له بالقبض كما في
المشاع وكذا لو وهب ما في بطن جاريته وما في بطن غنمه لا يجوز واعلم
ان امهات مسائل الشايع سواء كان ما يحتمل القسمة او ما لا يحتملها تسع بيع

الشايع واجارته واعارته وايداعه ورهنه وهبته وصدقته وقرضه ووقفه
اما بيعه فجائز سواء كان مما يحتمل القسمة او لا يحتملها وسواء كان من شريكه
او من اجنبي وسواء كان الكل له فباع النصف او كان بين اثنين فباع احدهما
نصيبه وقد ذكرناه في كتاب البيع مفصلا في اخر البيع الفاسد واما
اجارته فلا فرق عند ابي حنيفة رح بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتملها والجواب
في الكل عنده واحد ثم العين اذا كان بين اثنين فان اجر احدهما نصيبه من
شريكه جاز بالاجماع وفي ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وروى عنه انه لا يجوز
ايضا وسواء اجر كل نصيبه من شريكه او بعضه ولو كان العين بينهما واجر
احدهما نصيبه من اجنبي اختلف المشايخ على قول ابي حنيفة حكى ابو طاهر الدباس
عنه انه يجوز وحكى غيره عنه انه لا يجوز ولو كان العين كله لرجل فاجر النصف
من اجنبي فعند ابي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز ثم اختلفوا على قول ابي حنيفة قيل
لا ينعقد حتى لا يجب الاجر اصلا وقيل ينعقد فاسدا حتى يجب اجر المثل قالوا
وهو الصحيح وان كان الكل له فاجر الكل من اثنين فان اجمله وقال اجرت الدار
منكما جاز بالاجماع وان فصل فلا يخلو اما ان يكون بالتنصيف بان قال
نصفها منك ونصفها منك او بالاثلاث بان قال ثلثها منك وثلثيها منك
وفي هذا الوجه يجب ان يكون المسئلة على قول ابي حنيفة على الاختلاف الذي
ذكرنا فيما اذا كان الكل بينهما واجر النصف احدهما من اجنبي فعلى ما حكى عنه
ابو طاهر ينبغي ان يجوز وعلى ما حكى عنه غيره ينبغي ان لا يجوز ثم الشيوع
الطارئ لا يفسد الاجارة في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة ويفسدها في رواية
عنه واما اعارته ففي العمادية نقلا عن كتاب الشيوع اذا اعار الشايع جاز
في الوجوه كلها وذكر عن فتاوى ظهير الدين ان ايداع المشاع جائز واما
رهنه فلا يخلو يجوز لا من الشريك ولا من غيره فيما يحتمل القسمة وفيما
لا يحتملها والشيوع الطارئ والمقارن سواء وسياتي تفصيله في كتاب
الرهن وكذا لا يجوز مضاربته ذكره في العمادية عن عيون المختلف واما هبته
فعلى ما تقدم انفا من التفصيل ولنعد بعض ما ذكر مع زيادة تتميما للفائدة

فلو وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة يجوز من الشريك ومن الاجنبي وفيما لا يحتملها
لا يجوز لا من الشريك ولا من الاجنبي والشيوع المقارن يفسد الهبة بالاتفاق
اعني الشيوع حالة القبض واما الشيوع حالة العقد فلا يضر والشيوع الطاري
لا يفسد الهبة بالاتفاق والشيوع الطاري في الهبة ان يرجع الواهب في
بعض الهبة فبقي الموهوب بينه وبين الموهوب له مشتركا واما الشيوع
الحاصل بالاستحقاق في بعض الموهوب فمن قبيل الشيوع المقارن لان
الاستحقاق اذا ظهر بالبينة كان مستندا الى ما قبل الهبة فيكون مقارنا لها
لا طاريا عليها واختلفوا في ان المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له
او لا والمختار في الفتوى انه مضمون واختلفوا ايضا في ان الهبة الفاسدة
هل تفيد الملك للموهوب له بالقبض او لا يفيد والمختار انه لا يفيد ومنه وقع
الخلاف في ان نفقة الموهوب بالهبة الفاسدة على من يكون قيل على الواهب
لعدم افادته الملك بالقبض وقيل على الموهوب له بناء على القول بافادة
الملك واتفقوا على ان رجلا اذا وهب من قريبه شيئا هبة فاسدة له حق
الرجوع سواء افادت الملك بالقبض للموهوب له او لم تفد اما على القول بانها
لا تفيد الملك فظاهر واما على القول بانها تفيد الملك فلان المقبوض بحكم الهبة
الفاسدة مضمون على الموهوب له بالقيمة او بالمثل فاذا كان مضمونا كان
يستحق الرد قبل الهلاك فملك الرجوع والاسترداد كذا في العمادي واما
تصدق الشايع فقالوا هذا وهبة المشاع في جميع ما ذكر سواء الا في شيء
وهو انه اذا وهب الكل من اثنين فيما يحتمل القسمة وسلم اليهما لا يجوز عند ابي ح
بلا خلاف عنده وفي الصدقة اختلف المشايخ على قوله منهم من قال
لا يجوز الصدقة ايضا ومنهم من قال في المسئلة روايتان على رواية الاصل
لا يجوز وعلى رواية الجامع الصغير يجوز قيل وهو الصحيح وسيأتي تفصيله
فيما بعد واما وقف الشايع فعند محمد لا يجوز وعند ابي يوسف يجوز ويلزم
وبه اخذ ابو القاسم الصفار وبعد القضاء بصحته يجوز عند الكل وتقدم تفصيله
في كتاب الوقف وهل يتحقق غصب الشايع اختلفت فيه عباراتهم ففي فتاوى

رشيد ان غصب نصف الشايع شايعا لا يتصور ولا يتحقق وذكر الصدر الشهيد
انه يتصور وهبة شيء هو في يد الموهوب له بطريق العارية او الوديعة
او الرهن او الغصب او الاجارة تتم بلا تجديد قبض لان قبض الامانة تنوب
عن قبض الهبة لتجانسهما في عدم كونهما قبض ضمان وكذا قبض الرهن والغصب
والاجارة تنوب عن قبض الهبة لانها فوق قبض الهبة والشيء يتضمن ما دونه
وكذا لو كان في يده هبة فاسدة ثم وهبها منه هبة صحيحة لا يحتاج الى قبض
جديد لان المقبوض بالهبة الفاسدة مضمون عليه فيكون اقوى من قبض
الهبة الصحيحة فينوب عنها وكذا لو كان في يده بيعا فاسدا فوهبها لا يحتاج
الى تجديد قبض لان قبض البيع ولو فاسدا اقوى من قبض هبة بخلاف البيع فانه
اذا باع الوديعة او العارية ممن في يده يحتاج الى قبض جديد لان البيع
يقتضي قبضا مضمونا وقبض المودع قبض امانة فلا ينوب عن قبض الضمان
بل يحتاج الى تجديد قبض والاصل ههنا ان القبضين اذا تجانسا ناب احدهما
عن الآخر لاتحادهما جنسا واذا اختلفا ناب الاقوى عن الاضعف بلا عكس
لان في الاقوى مثل الادنى وزيادة وليس في الادنى ما في الاقوى
قال في القنية استودع اخاه عبدا او ثوبا او متاعا او دارا او دابة ثم قال
وهبت لك وديعتي وهي في يد المودع يجوز اذا قال قبلت ولو وهب عبدا
لابنه وقبضه في المجلس او بعده بامره بالقبض يصح بدون قوله
قبلت فيشترط القبول في الاول دون الثاني لان اقدامه على القبض قبول منه
وامره بالقبض رضاه من الواهب ولا كذلك في الاول لانه في يد الموهوب له
فلو لم يشترط القبول نصا يقع الملك له في الهبة بغير رضاه وانه ضرر انتهى
فعلم منه ان القبول شرط في مسئلة الكتاب وان لم يذكره والاولى ان يقول
تتم بالقبول بلا تجديد قبض والمراد بتجديد القبض ان يتهيأ الى موضع فيه
العين ويمضي وقتا يتمكن فيه من قبضها كذا في العناية وهبة الاب لطفله
تتم بالعقد ان كان الموهوب في يد الاب او يد مودعه لان قبض الاب ينوب
عن قبض الطفل لولايته عليه بخلاف الهبة لولده الكبير وان كان في عياله

لانه لا ولاية له عليه فلا بد من قبض الولد ويد مودع الاب كيد نفسه فينوب
عن قبض الطفل ايضا ويد مستعير الاب كيده كذا في الخلاصة والبزازية ثم
لا بد في تمام هبة الاب لطفله من كون الموهوب معلوما لما ذكر في النهاية
وكل شيء وهبه لابنه الصغير واشهد عليه وذلك الشيء معلوم فهو جائز والقبض
فيه باعلام ما وهبه له والاشهاد عليه هكذا نقله عن المبسوط ثم قال
والاشهاد ليس بشرط بل الهبة تتم بالاعلام الا انه ذكر الاشهاد احتياطا للتحرز
عن جحود سائر الورثة بعد موته وعن جحوده بعد ادراك الولد وهكذا ذكره
في البزازية ايضا حيث قال والاشهاد للتحرز عن الجحود بعد موته والاعلام لازم
لانه بمنزلة القبض وفي قوله ان كان الموهوب في يد الاب اشارة الى ما
في قاضيخان لو وهب عبده الابق لولده الصغير لا يجوز وان باع جاز انتهى
لانه ليس في يد الواهب حالة اباقه لكنه قد ذكرنا في باب البيع الفاسد
نقلا عن الزيلعي وفتح القدير وغاية البيان ان هبة العبد الابق لولده الصغير
جائزة فارجع اليه اي لا تتم هبة الاب لطفله بالعقد والاعلام ان كان
الموهوب في يد غاصب او مبتاع اي من يقبل البيع اي المشتري بيعا فاسدا وحكم
يد مبتاع بيعا صحيحا معلوم مستغن عن البيان او يد متهب هكذا وقع في النسخ
ولعل الصواب او مرتهن على ما وقع في عامة الكتب وهذا لان كلا من هؤلاء
قابض لنفسه فلا يكون يده يد الاب وكذا يد المستاجر لا ينوب عن يد
الاب لانه قابض لنفسه قال في فصل هبة المشاع من قاضيخان ولو وهب
لابنه الصغير ارضا فيها زرع للاب او وهب لابنه دارا والاب ساكن فيها لم تجز
الهبة وعن ابح في المجرد رجل تصدق على ابنه الصغير بدار والاب ساكن
فيها او له متاع فيها او فيها قوم يسكنون بغير اجر جازت الصدقة ويصير
الاب قابضا لابنه ولو كان فيها سكان باجر كانت الصدقة باطلة ثم قال فيها
في فصل هبة الوالد لولده رجل وهب لابنه الصغير دارا وهي مشغولة
بمتاع الاب قال ابو نصر جاز ولا يحتاج الى التفريغ لانها مشغولة بمتاع القابض
وهو الاب ولو تصدق على ابنه الصغير بدار والاب ساكن فيها لا يجوز في قول

ابح ويجوز في قول ابي يوسف وعليه الفتوى لما قلنا في الهبة انتهى فقد فرق بين
هبة الاب من ابنه دارا سكن فيها وبين هبة الاب من ابنه دارا فيها متاع الاب
حيث حكم في الاول بعدم جواز الهبة وفي الثاني بجوازها فهو اما محمول
على الروايتين وعلى اختلاف القولين وقال في الزيلعي ولو وهب الاب من ابنه
الصغير دارا والاب ساكن فيها او متاعه فيها جازت الهبة وملكها الابن
بمجرد قوله وهبتها له لانها في يده ولو كان ليسكنها غيره باجر لا يجوز لان
المستاجر قابض لنفسه لا للاب وان كان بغير اجر جازت الهبة ذكره محمد في
المنتقى فلم يفرق بين المسئلتين كما فرقه قاضيخان وحكم بجواز الهبة فيها وكذا
لم يفرق بينها في الخلاصة وحكم بجواز الهبة فيها حيث قال نقلا عن الملتقى
رجل وهب او تصدق على ابن له صغير بدار وله فيها متاع او هو ساكن فيها
بعينها له او فيها ساكن بغير اجر فلم يفرغها جازت الهبة والصدقة ثم نقل
عن الفتاوى رجل وهب لابنه الصغير دارا والدار مشغولة بمتاع الواهب
جاز ولو تصدق بدار على ابنه الصغير والاب ساكنها لا يجوز عند ابح وعندهما
يجوز وعليه الفتوى وما ذكر في المنتقى قول محمد انتهى والصدقة في ذلك
اي في حق الطفل كالهبة ففي كل موضع يجوز هبة الاب من طفله يجوز تصدقه
عليه ايضا وما لا فلا يجوز تصدق ما في يده او في يد مودعه او
مستعيره ولو مشغولة بمتاعه لا في يد غاصبه او مبتاعه بيعا فاسدا
او مرتهنه او مستاجره لما ذكرناه في الهبة فلم يفرق بين الهبة من طفله
والصدقة عليه وقد تقدم من قبل ان الامام قاضيخان فرق بينهما وقال
لو وهب لابنه الصغير ارضا فيها زرع الاب او دارا فيها متاع الاب لا يجوز
الهبة ثم قال نقلا عن المجرد لو تصدق على ابنه الصغير بدار سكن فيها الاب
او له متاع فيها يجوز وهكذا فرق بينهما في الخلاصة وقال ما ذكر في المنتقى
من الجواز قول محمد على ما ذكره انفا وما ذكره المص من عدم الفرق هو المذكور
في الهداية والعناية والزيلعي ومما يتعلق بالهبة من الصغير ما في اوائل هبة
قاضيخان رجل غرس كرما وله ابن صغير فقال جعلته لابني فلان يكون هبة

لان الجعل عبارة عن التمليك ولو قال لغرسه باسم ابني فلان لا يكون هبة وان قال
جعلته باسم ابني يكون هبة ظاهر لان الناس يريدون بهذا الهبة رجل اتخذ
وليمة للختان فاهدى الناس هدايا ووضعوا بين يديه قالوا ان كانت الهدية
ما يصلح للصبيان مثل لباس الصبيان او يكون شيئا يستعمله الصبيان فهو للصبي
لان مثل هذا يكون هبة للصبي عادة وان كانت الهدية دراهم او دنانير او غير ذلك
يرجع الى المهدي فان قال المهدي هي هبة للصغير كانت للصغير وان للاب
فهي للاب وان تعذر الرجوع اليه ينظر ان كان المهدي من معارف الاب
واقاربه فهي للاب وان كان من قرابة الام او من معارفها فهي للام وكذلك
ان اتخذ وليمة لزفاف الابنة الى بيت زوجها فاهدى الناس هدايا فهو على ما ذكرناه
من قرابة الاب وكذلك لو كان المهدي من قرابة الزوج او من معارفه او من
معارف المرأة او من قرابتها الا اذا بين المهدي فقال اهديت لهذا او لهذا فالقول
قوله وقال بعضهم في الاحوال كلها الهدية يكون للولد لان الوالد هو الذي
اتخذ الوليمة وقال بعضهم يكون للولد لان الوالد اتخذ الوليمة للولد لا لنفسه
ولا يعتبر قول المهدي عند الاهداء اهديت للوالد والاعتماد على ما قلنا اولا
انتهى قال في الخلاصة والبزازية رجل اتخذ وليمة للختان فاهدى الناس هدايا
ووضعوا بين يدي الصبي ان كانت الهدية تصلح للصبي مثل ثياب الصبيان او ما
يستعمله الصبيان فالهدية للصبي وان كانت غير ذلك كالدراهم والدنانير
والحيوان ومتاع البيت ينظر الى المهدي ان كان من اقرباء الاب او معارفه
فهو للاب وان كان من اقرباء الام او معارفها فهو للام سواء كان المهدي
يقول عند الهدية هذا للصبي او لم يقل وكذا لو اتخذ الوليمة لزفاف بنته الى بيت
زوجها انتهى فعلم منه ان ما ذكره قاضيخان مخالف لما ذكره في الخلاصة والبزازية
بوجهين احدهما من جهة قوله ووضعوا بين يديه لان الظاهر منه ان ضمير يديه
راجع الى الرجل لا الى الصبي كما في الخلاصة والبزازية فظهر منها ان هدية ما يصلح
للصبي في الختان فهي للصبي سواء وضعها المهدي بين يدي الاب كما في قاضيخان
او بين يدي الصبي كما في الخلاصة والبزازية والثاني من جهة قوله وان كانت

الهدية

الهدية دراهم او دنانير او غير ذلك يرجع الى المهدي الخ فانه قال فيه ان القول
قول المهدي ان قال هي للصغير فهي للصغير وقد قال في الخلاصة والبزازية
هنا ان العبرة فيه الى المهدي من اقرباء الاب او معارفه او من اقرباء الام او
معارفها ولا عبرة لقول المهدي انها للصبي قال في الخلاصة ايضا رجل قدم
من السفر وجاء بهدايا الى من نزل عنده وقال له اقسم هذه الاشياء بين
اولادك او بين امراتك وبين نفسك ان امكن الرجوع الى بيان المهدي فالقول
قوله وان تعذر فما يصلح للرجال فللاب وما يصلح للنساء فلامرأته وكذا
بين الصغار وما يصلح لكلهما ينظر الى المهدي انه من اقارب الزوج او المرأة رجل
اتخذ لولده ثيابا ثم اراد ان يدفع الى الآخر ليس له ذلك الا ان يبين وقت
الاتخاذ انها عارية وكذا لو اتخذ لتلميذه ثيابا فابق التلميذ فاراد ان يدفع الى
غيره وان اراد الاحتياط يبين انها عارية حتى يمكنه ان يدفع الى غيره انتهى وقيد
في قاضيخان مسئلة التلميذ بقوله بعد ما دفع الثوب اليه حيث قال فابق
التلميذ بعد ما دفع اليه والاصل فيه العرف لان التلميذ يملكه بعد الدفع اليه
في العرف فليس له ان يرجع فيه ويدفع الى غيره فان قيل قال في قاضيخان
في فصل العوض اذا وهب للصغير هبة فعوض الاب او الوصي الواهب من
مال الصبي لا يجوز لانه تبرع فاذا بطل التعويض كان للواهب ان يرجع في
هبته انتهى وهكذا في البزازية فهذا يقتضي صحة الرجوع في الهبة للصغير
فلم لا يجوز ان يرجع الاستاد في الثوب الذي دفع الى التلميذ فالجواب
ان ما ذكره في فصل العوض في الهبة بشرط العوض بخلاف دفع الثوب
الى التلميذ فان العرف فيه على عدم العوض فيه فلا يرجع لكونه تبرعا وذكر
في الخلاصة ايضا رجل وهب للصغير شيئا من الماكول يباح للوالدين ان
ياكل منه كذا روي عن محمد هكذا ذكره في البزازية ايضا ثم قال فيها رجل
وهب العبد الآبق له الى دار الحرب لابنه الصغير لا يجوز ولو كان مترددا في
دار الاسلام يجوز ويصير قابضا بخلاف البيع لان الشرط فيه التسليم والشرط
في الهبة القبض دون التسليم لان المتردد في دار الاسلام في يد الاب حكما

تصدق بعبد ابق له على ابن صغير له لا يجوز وعن ابي يوسف انه يجوز فاما ان يحمل
على الروايتين ويحمل عدم الجواز على الآبق بدار الحرب والجواز على المتردد في
دار الاسلام وقال في هبة الوالد لولده من قاضيخان امراة لها مهر على زوجها
وهبت المراة لابنها الصغير الذي هو من هذا الزوج الصحيح انه لا يصح هذه الهبة
لان هبة الدين من غير من عليه الدين لا يجوز الا اذا وهبت وسلطت ولدها
على القبض فيجوز ويصير ملكا للولد اذا قبض انتهى والذي ظهر منه ان هذه
الهبة مختلف في صحتها قبل التسليط واما بعد التسليط فجائزة بالاتفاق
وتتم اذا وجد القبض والا فلا تتم وفي القنية سئل ابو بكر عن هذه المسئلة
فقال اولا انا متوقف فيها ويحتمل انها يجوز ثم قال انها لا يجوز لانها غير مقبوضة
ثم قال بعلامة واقعات الناطفي وبه نأخذ وقال فيها ايضا قبيل هذا نقلا عن
الفتاوى البخارية لها على زوجها دين فوهبته لولدها الصغير صح لان الهبة
هبة الدين من غير من عليه الدين لا يجوز اذا سلطه على القبض وللاب
ولاية قبض الهبة لولده الصغير فكان قبضه بحكم الولاية كقبض الصغير فصار
كانها سلطت الصغير على قبضه انتهى والذي ظهر منه ان هذه الهبة صحيحة مطلقا
من غير تسليط من المراة الصغير على القبض بناء على ان قبض الاب بحكم الولاية
على الصغير بمنزلة تسليط المراة الصغير بلا حاجة الى التسليط منها صريحا
كيف وانه لو احتاج الى التسليط قصدا لا يلزم ان لا تصح تلك الهبة فيما اذا قبل
الصغير القبض والتسليط ولو لتسلط المراة والام في هبتها لولدها الصغير
وتصدقها عليه كالاب عند غيبته غيبة مطلقة او موته وعدم وصيه اي
وصي الاب لان وصي الاب مثل الاب في ذلك ان كان الطفل في عيالها اي
عيال الام فلو وهبت الام لطفلها او تصدقت عليه وهو في عيالها جازت
الهبة والصدقة والقبض لها عند عدم الاب والجد ووصيهما بحكم الولاية على
طفلها عند عدم هؤلاء كما كان كذلك عند هبة الاجنبي لطفلها فان القبض
فيها ايضا للام عند عدم هؤلاء على ما سياتي وانما قيد بكون الطفل في عيالها
ليكون لها نوع ولاية لها عليه وقيد بعدم الاب ووصيه لان عند وجودها

لا ولاية لها على القبض وكذا عند وجود الجد ووصيه كذا في الروايات الظاهرة
ذكره في الخلاصة نقلا عن التجريد ثم قال وذكر الصدر الشهيد ان اشتراط
عدم الاب في تملك الام قبض الهبة للصغير ليس بامر لازم فانه ذكر في الاصل
الرجل اذا زوج ابنته الصغيرة من رجل فزوجها يملك قبض الهبة للصغيرة
ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف وبعد البلوغ انتهى وفي تعليله بما ذكر في
الاصل نظر ولهذا جعل في البزازية ما ذكره في الاصل مسئلة مبتداة
لا تعليلا لما قبله من قوله ليس بامر لازم ولا يلزم من جواز قبض الزوج
هبة زوجته الصغيرة عند حضرة الاب جواز قبض الام هبة طفلها عند
حضرة الاب كيف وان الزوج انما يقبضها لتفويض الاب امور الصغيرة
الى زوجها وكذا كل من يعول الطفل اي دخل في عياله سواء كان ذا رحم
محرم من الطفل كالاخ والعم او اجنبيا لكن ليس على اطلاقه بل عند عدم الاب
والجد ووصيهما واما مع وجود واحد من هؤلاء الاربعة فولاية القبض له
لا لغيره سواء كان الطفل في عياله او لا على ما في العناية عن الايضاح
ومختصر الكرخي فاذا لم يبق واحد من هؤلاء الاربعة جاز قبض من كان
الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له الا يرى انه يؤدبه ويسلمه في
الصنائع فيقام هذا العذر مطلق حق قبض الهبة له لكونه من باب المنفعة
الى هنا فلو وهب الاب لولده الصغير واما اذا كان له ابن وبنت فاراد ان يهب
لهما شيئا ويفضل احدهما على الاخر في الهبة ففي قاضيخان اجمعوا انه
لا باس بتفضيل بعض الاولاد على البعض في المحبة لانها عمل القلب وذلك
غير مقدور ولو اراد تفضيل احدهما على الاخر في الهبة لا رواية لهذا في
الاصل من اصحابنا وروي عن ابي ح انه لا باس به اذا كان التفضيل لزيادة
فضل له في الدين وان كانوا سواء فيه يكره وروى المعلى عن ابي يوسف انه
لا باس به اذا لم يقصد به الاضرار للابن وان قصد به الاضرار يسوي بينهم
يعطي للبنت ما يعطي الابن وقال محمد يعطي للذكر ضعف ما يعطي الانثى والفتوى
على قول ابي يوسف رجل وهب في صحته كل المال لولده جاز ذلك قضاء

ويكون اثما انتهى وفي الخلاصة ولو كان ولده فاسقا فاراد ان يصرف ماله
الى وجوه الخير ويحرمه عن الميراث هذا خير من تركه لان فيه اعانة على
المعصية ولو كان ولده فاسقا لا يعطى له اكثر من قوته انتهى ولما ذكر
هبة الاب لولده شرع في بيان هبة الاجنبي له فقال وهبة الاجنبي له
اى للطفل تتم بقبضه لو كان الطفل عاقلا لانه نافع في حقه وهو من
اهله و بقبض ابيه او جده اب الاب كذا في الخلاصة و قاضيخان او وصى
احدهما او امه اى ام الطفل على الترتيب المذكور لكن وصى الاب مقدم على الجد
على ما صرح به في قاضيخان ان كان الطفل في حجرها اى حجر الام فيده بذلك
لما ذكرناه في عيالها او اجنبي يربيه اى يربي الطفل وذلك بان كان
الطفل في حجره لان من كان الطفل في يده كان له ولاية التصرف النافع
وقبض الهدايا وحفظ الاموال من قبيل النفع المحض فيملكه من كان هو في
حجره ولو اجنبيا له لا قرابة بينهما او بقبض زوج الطفلة لها اى للطفلة ولو مع
حضرة الاب بعد الزفاف لان الاب قد فوض امورها الى الزوج حيث زفها
اليه وهى صغيرة واقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض
الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها الاب
جاز ولو كانت الصغيرة في بيت زوجها وكذا لو قبضت هي بنفسها لو عاقلة
للقبض اطلقه فشمل ما اذا كانت الصغيرة ممن لا يجامع مثلها وقيل ان كانت
الصغيرة ممن لا يجامع مثلها لا يصح قبض الزوج هبتها ولو بعد الزفاف قالوا
والصحيح هو الاول واحترز بقوله ولو مع حضرة الاب عما في البزازية عن
التجريد فقبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا لان الصحيح ان الزوج يملك
القبض مطلقا وحضور الاب لا يمنعه بخلاف الام وكل من يعولها غير الزوج
فانهم لا يملكون ذلك الا بعد موت الاب والجد ووصيهما حقيقة او حكما
لا قبله لان جواز ذلك لكونها في عياله وان له عليها يدا مستحقة
وذلك لا يوجد قبل الزفاف ومن احكام الصبي ايضا انه لا تكليف على الصبي والصبية
بشيء من العبادات بدنية او مالية فلا يجب الزكوة في ماله ويجب عليه في

ماله نفقة زوجته ووالديه وقنه اتفاقا واختلف في وجوب الاضحية في ماله
والمعتمد الوجوب ويضحيها عند الولى لكنه لا يتصدق بشيء من لحمها فيطعمه منه ما
يمكن اكله وما بقى يتباع منه ما ينتفع بعينه ولو لم يكن له مال لا يجب على الاب ان
يضحى عنه من مال نفسه في ظاهر الرواية عن الحج واتفقوا على وجوب العشر
والخراج في ارضه واما الايمان بالله تعالى فسيأتي بيانه في اخر كتاب المأذون
وليس هو من اهل الولايات فلا يلي الانكاح والقضاء والشهادة مطلقا لكنه
لو خطب باذن السلطان وصلى بالغ جاز وتصح سلطنته ظاهرا ويصلح وصيا
وناظرا ويقيم القاضي مكانه بالغا الى بلوغه كما في وصايا منظومة ابن وهبان
ويصح اذانه قيل مع الكراهة وفي ظاهر الرواية انه لا كراهة في اذان الصبي
العاقل ويقبل قوله في الهدية والاذن وتصح الاجارة له ويمنع من مس
المصحف ويمنع الصبية المطلقة او المتوفى عنها زوجها من التزوج الى انقضاء العدة
ولا يجب عليها العدة على الصحيح ويصح امانه ولا يداوى الا باذن وليه واذا
اهدى له شيء من المأكولات يباح اكل ابويه منه على ما روى عن محمد وقال
في الاشباه نقلا عن الملتقط لا يأكل منه بلا حاجة ويصح توكيله
اذا كان يعقل العقد ولو محجورا ولا ترجع الحقوق اليه في تخويص بل لموكله
ولا يصح الخصومة منه الا ان يكون مأذونا كذا في الاشباه نقلا عن الملتقط
ويحصل بوطئه التحليل اذا كان مراهقا ويملك المال بالاستيلاء كالبالغ والتقاطه
كالتقاط البالغ ويجب رد سلامه ويصح اسلامه وردته ولا يقتل لو ارتد
بعد اسلامه ويحل ذبيحته بشرط ان يعقل التسمية ويؤكل الصيد برميه
اذا سمى ويجوز دخوله على الاجنبية من النساء الى خمسة عشر سنة على ما في
الاشباه من الملتقط ولا يقع طلاقه وعتقه ويخير بما يخير من الاقوال ويثبت
حرمة المصاهرة بوطئه ان كان ممن يشتهى النساء به والا فلا ولا يدخل في
القسامة والعاقلة وان وجد قتيل في داره ولا يعرف قاتله فالدية على
عاقلته ولا جزية عليه ولا يدخل في الغرامات السلطانية كالنساء واختلف
في تحليفه ففي سابع قضاء البزازية لا يحلف الصبي المأذون عند نصير لانه

لا يحنث ولا يلزمه الدين الا باقرار وبينة وعلماؤنا على انه يحلف وبه ناخذ والمختار
في الاشباه وفي الظهيرية نقله عن العمدة ويقام التعزير عليه تاديبا ويتوقف عقوده
المترددة بين النفع والضرر على اجازة وليه ويصح قبضه للهبة لو كان يعقل كما
عرفت ولا يتوقف من اقواله ما يتمحض ضررا ومنه اقراضه واستقراضه لو كان
محجورا فانه لو اقرضه لاحد فما بقي عينه فلمالكه ان يسترده على قول ابي حنيفة وابي يوسف
ومحمد ولو لم يبق عينه لم يضمن عند ابي حنيفة ومحمد مطلقا وقال ابو يوسف لو انفقه
او اتلفه يضمن لا لو تلف بنفسه وفاقا وكذا لو اتلف الصبي المحجور وديعة عنده
لا يضمن عندهما خلافا لابي يوسف ولو استهلك مال الغير من غير سابقة
الايداع او الاقراض يضمن بالاجماع ولو قبل الوديعة باذن وليه واستهلكه
يضمن بالاجماع ايضا هذا تفصيل ما قالوا يضمن الصبي ما اتلفه وكفالته باطلة
ولو عن ابيه وصحت له وعنه مطلقا وتفصيله في العمادي وصح هبة اثنين
لواحد دارا لان المقتضي وهو العقد موجود والمانع وهو الشيوع منتف لان
الشيوع اما ان يكون بالتسليم او القبض وهما سلماها له جملة وهو قد قبضها
جملة فلا شيوع اصلا لا عكسه اي لا تصح هبة واحد لاثنين دارا بينهما لانه
هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت هذه الهبة فيما لا يقسم فقبل احدهما
جاز بالاتفاق ولولا انه تمليك لكل واحد منهما على حدة لما جاز فينصرف قبض
كل واحد منهما الى نصيبه على حدة وهو شايع فيكون القبض ناقصا كما في
هبة نصيبه الشايع لشريكه او معدوما اذ قبض الشايع لا يتصور فلا يجوز مطلقا
سواء كان الواهب نص على نصيب كل واحد منهما ابتداء او متساويا او متفاضلا
بان قال وهبت لك نصفها ولهذا نصفها او قال وهبتك ثلثها ولهذا ثلثيها
او بعد الاجمال بان قال وهبت لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها
او لم ينص على واحد نصيب واحد منهما اصلا اذ الشيوع حاصل في الكل فلا يجوز
هذا عند ابي حنيفة خلافا لهما حيث جوزا العكس لهما ايضا لهما ان هذه هبة الجملة
منهما لاتحاد التمليك ولا شيوع في هبة الجملة فصار كما اذا رهن من رجلين بل
اولى لان تاثير الشيوع في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في

مشاع لا يقسم دون الهبة ولو رهن من رجلين جاز فهذا اولى ولان الشيوع
لم يوجد الا من احد الطرفين اي طرف الموهوب له فلا يفسد اذ ليس فيه الزام
المتبرع مؤنة القسمة فصار كالمسئلة الاولى فيجوز الا ان محمدا لم يفرق
بين ان ينص الواهب على نصيب كل واحد منهما ابتداء او بعد الاجمال متساويا
كان نصيب كل منهما بان قال لك نصفها ولهذا نصفها او متفاضلا بان قال
لك ثلثها ولهذا ثلثاها وبين ان لا ينص في القول بالجواز كما لم يفرق ابو حنيفة بينهما
في عدم الجواز على ما ذكرناه وفرق ابو يوسف بينهما وقال انه اذا لم ينص
يجوز واذا نص بالتفضيل بان قال ثلثها لك وثلثاها لهذا لم يجز اذ بالتنصيص
على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا
لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض واذا نص بالتنصيف
بان قال لك نصفها ولهذا نصفها ففيه عن ابي يوسف روايتان في
رواية لا يجوز وفي رواية يجوز لانه نص على ما يقتضيه مطلق العقد فلا يفسد
لان مطلق العقد يقتضي التنصيف فامكن تصحيحه بان يجعل مجازا عن الموجب
فيجعل مجازا عن العقد فلا يفسد بخلاف ما اذا نص على التفاضل بالثلث والثلثين
لان مطلق العقد لا يقتضيه فلا يمكن جعله مجازا عن موجبه فيقتضي شيوعا
في العقد بالضرورة وقيل انما جوز ابو يوسف في النص بالتنصيف
فيما اذا اجمل اولا ثم فصل على التنصيف بان قال وهبت لكما هذه الدار نصفها
لك ونصفها لهذا لان التنصيف لم يخالف الاجمال فيكون لغوا في الكلام
فلا يوجب الفساد واما اذا فصل اولا من غير اجمال بان قال وهبت نصف
هذه الدار لك ونصفها الاخر لهذا لا يجوز عنده ايضا كذا في الزيلعي
ثم الجواب لابي حنيفة عن قولهما ان حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه بل يثبت لكل
واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وان
ثبوت الملك مشاعا في طرف الموهوب له يقتضي ثبوتا لتمليك مشاعا ايضا
في طرف الواهب لان الملك حكم التمليك والحكم يثبت بقدر دليله وقولهما ليس
فيه الزام المتبرع مؤنة القسمة قلنا مسلم لكن نقصان القبض ايضا مانع

والمانع ليس بمحصور فيه الا ترى ان رجلين لو وهبا لرجلين على ان نصيب احدهما لاحدهما
بعينه ونصيب الاخر للاخر لا يجوز بالاجماع وليس على الوجهين مؤنة القسمة
وانما لم يجز للمانع نقصان القبض فكذا فيما نحن فيه اطلق الاثنين فشمل الاولاد
والاجنبي لكنه لا بد ان يكون الاولاد كبيرين كما في قاضيخان ولو وهب دارا
لابنين له احدهما صغير في عياله كانت الهبة فاسدة عند الكل بخلاف ما لو وهب
لابنين كبيرين وسلم اليهما جملة فان الهبة جائزة في قول ابي يوسف ومحمد
اما اذا كان احدهما صغيرا فكما وهب يصير الاب قابضا حصة الصغير
فيتمكن الشيوع وقت القبض فتفسد بخلاف الكبيرين فان الشيوع فيها لم يوجد
لا وقت العقد ولا وقت القبض هكذا ذكره وقال في البزازية وهب دارا
لابنين له احدهما كبير والاخر صغير ان قبض الكبير جازت وذكر بعده انها
باطلة وهو الصحيح لان هبة الصغير منعقدة حال مباشرة الهبة لقيام قبض
الاب مقام قبضه وهبة الكبير محتاجة الى قبول فسبقت هبة الصغير فتمكن
الشيوع والحيلة ان يسلم الدار الى الكبير ويهبها منها هكذا ذكره الانقروي
في فتاواه وقال في حاشيته يفهم منه جواز الهبة لولديه الصغيرين
كذا حرره جوى زاده وقال في قاضيخان رجل وهب من رجل دارا وسلم
فاستحق نصفها بطلت الهبة في الباقي انتهى لا يقال هذا مخالف لما تقرر ان
الشيوع الطارى لا يفسد الهبة بالاتفاق لانا نقول ان الشيوع الحاصل
بالاستحقاق ليس شيوعا طاريا بل شيوع مقارن وقت القبض لان
الاستحقاق اذا ظهر بالبينة كان مستندا الى ما قبل الهبة فيكون مقارنا لها
لا طاريا عليها وقد تقدم ايضا وذكر في قاضيخان ايضا لو وهب في مرضه
دارا وليس له مال سوى الدار ثم مات ولم يجز الورثة هبته بقيت الهبة
في ثلثها وبطل في الباقي والاصل فيه ايضا ما ذكرناه من ان الشيوع
الحاصل بالاستحقاق ليس شيوعا طاريا بل شيوع مقارن وذكر فيه ايضا
لو وهب دارا فيها من المتاع وسلم ثم استحق المتاع ذكر في الزيادات
ان الهبة لا تبطل في الدار وذكر ابن رستم ان هذا قول محمد اما على قول ابي يوسف

لو استحق وسادة منها تبطل الهبة في الدار لان موضع الوسادة من الدار لم يقبض
بخلاف ما لو وهب ارضا فيها زرع مع زرعها ثم استحق الزرع بطلت الهبة في
الارض عند الكل والزرع لا يشبه المتاع لان اتصال الزرع بالارض اشد
من اتصال المتاع بها ولو وهب سفينة فيها طعام بطعامها ثم استحق الطعام
بطلت الهبة في قول ابي يوسف في السفينة وقال ابن رستم وهذا قول الحج
وقال محمد لا تبطل الهبة في السفينة لابي يوسف ان موضع الطعام من
السفينة لم يقبض لكونه مشغولا بما ليس بهبة فلم تصح هبة السفينة ويؤيد
قول ابي يوسف ما ذكروه رجل وهب دارا فيها متاع للواهب او جوالق
او جرابا فيها طعام الواهب وسلم لا يجوز لان الموهوب مشغول بما ليس
بهبة بخلاف ما لو وهب المتاع والطعام دون الجوالق والدار وسلم جاز لان
الموهوب ح غير مشغول بما ليس بهبة بل هو شاغل لما ليس بهبة وكون
الموهوب شاغلا لغيره ليس بمفسد وانما المفسد كونه مشغولا لغيره لانه
هو المانع لتمام القبض لا كونه شاغلا ولو وهب كرما او اشجارا مغروسة على
الاراضي الاميرية او الوقف لولده الكبير او الاجنبي بغير ان يفرغ الارض
للموهوب له باذن صاحب الارض لا يجوز بخلاف ما لو وهب تلك الاشجار
او الكرم لولده الصغير بغير ان يفرغ الارض له جاز وبخلاف ما لو وهب
الدار المبنية على ارض الوقف او الاميرية بغير اذن المتولي وصاحب الارض فانه
يجوز كما افتى به مشايخ الاسلام وصح تصدق عشرة على فقيرين وهبتها لهما
ولا تصح لغنيين عند الح خلافا لهما هذا في رواية الجامع الصغير حيث
جعل كل واحد من الصدقة والهبة مجازا عن الاخر جعل الهبة للفقيرين
صدقة والصدقة على الغنيين هبة لعلاقة ان كل واحد منهما تمليك بلا عوض
فجاز الاستعارة وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم حتى اجاز الصدقة
على اثنين ولم يجوز الهبة لهما حيث جعلها مجازا عن الصدقة ووجه الفرق
ان الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو واحد معلوم والفقير نائب عنه
ولا كذلك الهبة فيكون تمليكا من اثنين فلا يجوز ولهذا لو اوصى ثلث ماله للفقراء

المجهولين جاز ولو اوصى به للاغنياء المجهولين لا يجوز وفي رواية الاصل سوى
بينهما في الحكم حيث قال عقب ذكر الهبة وكذلك فالشيوع كما يمنع الهبة يمنع
الصدقة ايضا لان كل واحد منهما مبني على القبض الكامل والشيوع يمنعه فيهما
فلا يجوز تصدق عشرة على فقيرين ولا هبته لهما كما لا يجوز ان على غنيين في
رواية لما ذكرناه ففي المسئلة روايتان رواية الجامع الصغير ورواية الاصل
كذا في الهداية وقال الحاكم يحتمل ان يكون مراده في الاصل من قوله
وكذلك الصدقة على الغنيين فيكون مجازا عن الهبة فعلى هذا ليس في
المسئلة روايتان وفي النهاية الظاهر ان في المسئلة روايتين وقيل الصحيح
رواية الجامع الصغير وهذا كله على قول الح وقالا الهبة على شخصين
جائزة على ما سبق والصدقة اولى **باب الرجوع** فيها اي في الهبة صح
الرجوع فيها كلا او بعضا لانها عقد تبرع وثبوت الملك به للموهوب له غير لازم
فيصح الرجوع ما لم يمنع مانع من الموانع التي سيأتي بيانها حتى لو قال الواهب
اسقطت حقي في الرجوع لا يسقط وله حقه الرجوع بعده متى شاء ما لم يوجد
احد الموانع المذكورة ويكره لقوله عم العائد في الهبة كالكلب في قيئه
وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة ولذا كان مكروها ويمنع منه اي من
من الرجوع هذا شروع في بيان الموانع عن الرجوع وهي سبعة على ما جمعه
حروف دمع خزقه فالدال الزيادة المتصلة اي الزيادة في نفس الموهوب
بشيء يوجب زيادة في القيمة كالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك ولو زاد
من حيث السعر فله الرجوع لانه لا زيادة في العين فلا يلزم من رجوعه
ابطال حق الموهوب له وهو المانع وكذا اذا زاد في نفسه من غير ان يزيد
في القيمة كما اذا طال الغلام الموهوب في يد الموهوب له لانه نقصان
في الحقيقة فلا يمنع الرجوع كذا في الزيلعي ويخالفه ما في قاضيخان
ولو وهب عبدا صغيرا فشب وصار رجلا طويلا لا يرجع الواهب فيه لان
الزيادة في البدن يمنع الرجوع وان كانت تنقص القيمة انتهى ففي المسئلة
روايتان وفي فتاوى شيخ الاسلام الانقروي نقلا عن قاضي ظهير ولو زاد

الهبة في يدها خيرا ثم ذهبت الزيادة كان للواهب ان يرجع في هبته وفي
البزازية لو كان الموهوب نحيفا فسمن او كان قبيحا فحسن لا يرجع الواهب ولو
نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى مؤنة النقل اختلفوا
فيه ففي المنتقى انه عند الح ومحمد ينقطع الرجوع وعند ابي يوسف لم ينقطع
لان الزيادة لم تحصل في العين فصار كزيادة السعر ولهما ان الرجوع يتضمن
ابطال حق الموهوب له في الكراء ومؤنة النقل فيبطل بخلاف نفقة العبد
لانه لا يبدل وهو المنفعة والمؤنة بلا بدل فيكون مضرا ولو وهب عبدا كافرا
فاسلم في يد الموهوب له او عبدا حلال الدم فعفي ولي الجناية في يد الموهوب له
لا يرجع ولو كانت الجناية خطاء ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا يسترد
منه الفداء ولو علم الموهوب له العبد الموهوب القران او الكتابة او الصنعة
لم يمنع الرجوع لان هذه ليست بزيادة في العين فاشبهت الزيادة في
السعر كذا في الزيلعي وذكر في قاضيخان اذا وهب المولى العبد المديون
من صاحب دينه بطل دينه وكذا لو كان على العبد جناية خطاء فوهب المولى
ذلك العبد لولي الجناية بطلت الجناية وفي الصورتين يكون للواهب ان يرجع
في هبته استحسانا لان كلا من بطلان الدين والجناية ليس بزيادة في
العين ثم اذا رجع المولى في هبة العبد لا يعود الدين والجناية في قول محمد
وهو رواية عن الح وفي القياس لا يمنع رجوعه في الهبة وهو رواية
الحسن عن ابي والمعلى عن ابي يوسف وهشام عن محمد ولو وهب الامة من
زوجها بطل النكاح فان رجع بعده صح رجوعه لان هذا ليس بزيادة ثم
لا يعود النكاح كما لا يعود الدين والجناية وعلى قول ابي يوسف اذا رجع المولى
في الهبة يعود الدين والجناية وفي عود النكاح روايتان عنه في رواية
يعود وفي رواية لا هكذا ذكره في قاضيخان ثم قال تعليم الموهوب له
القران او الكتابة او الصنعة مخبيا من الحروف يمنع الرجوع وعلى قول زفر لا يمنعه
وهو رواية عن محمد رواه في المنتقى وعن الح فيه روايتان انتهى فعلى هذا
ما ذكره الزيلعي هو قول زفر ولو وهب ترابا فبله الموهوب له بالماء بطل حق

الواهب في الرجوع لان اسم التراب قد زال بالزيادة فيه فصار شيئا اخر بخلاف
ما اذا وهب سويقا فبله الموهوب له بالماء فانه لا يبطل حق الواهب في الرجوع
كما لو وهب حنطة فبلها الموهوب له وهب عبدا فمرض العبد عند الموهوب له
فداواه حتى صح كان للواهب ان يرجع لان هذا ليس بزيادة في العين
وفي التقييد بالزيادة اشارة الى ان النقصان لا يمنع الرجوع ولذا قال في
قاضيخان وغيره لو وهب شجرة لرجل باصلها فقطعها الموهوب له كان
للواهب ان يرجع فيها وفي مكانها من الارض على الصحيح وعللوه بان القطع
نقصان فلا يمنع الرجوع ولو انه جعل الشجرة ابوابا او جذوعا لا يرجع لانه
زيادة وروي انه يرجع في الجذوع معللا بانه ليس بزيادة بل نقصان
كما لو جعله حطبا فانه يرجع فيه لانه نقصان وهكذا في كل ما كان نقصانا
كالبناء والغرس والسمن وهذا لان الرجوع لا يصح الا في الموهوب
والزيادة ليست بموهوبة فلا رجوع فيها والفصل متعذر ليرجع في الاصل
دون الزيادة فامتنع اصلا وبطل حق الواهب لان حقه في الاصل فقط
وحق الموهوب له في الاصل والزيادة فكان مراعاته اولى والمراد بالبناء
والغرس فيما هاهنا ما كان يوجب زيادة في الارض وان كان لا يوجبها
لا ينقطع حق الرجوع وان كان يوجب في قطعة منها بان كانت الارض
كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة في الارض كلها امتنع الرجوع في تلك
القطعة فقط كذا في الزيلعي وجعل في قاضيخان الحسن من قبيل السمن
حيث قال لو كان العبد نحيفا فسمن او قبيحا فحسن لا يرجع الواهب ثم قال رجل
وهب دارا فبنى فيها الموهوب له او جصصها او طينها او جعل فيها مغتسلا او بنى
في طائفة منها بناء او غرس شجرا فلا رجوع في شيء من ذلك عندنا وقال
ابن ابي ليلى له ان يرجع في جميع ذلك وهذا اذا كان البناء يعد زيادة عرفا
وان كان لا يعد زيادة كالاري في البيت او التنور في الكاسانه لا يمنع الرجوع
وان كانت ثوبا فصبغه بحمر او اصفر او خاطه لا يرجع الواهب للزيادة ولو قطعه
ولم يخطه كان له ان يرجع واذا صبغه اسود قالوا عند ابح له ان يرجع وعند

صاحبه

صاحبيه لا يرجع وقيل هذا اذا كان السواد لا يعد زيادة وان كان يعد زيادة
تزداد قيمته بذلك لا يرجع عند الكل واذا قصر الموهوب له الثوب الموهوب
لا يرجع الواهب بخلاف ما لو غسله لان القصارة زيادة متصلة لا الغسل
وفي الاملاء له ان يرجع في القصارة ايضا ولو نقط الموهوب له المصحف
الموهوب لا يرجع الواهب وكذا الكتب لان النقط زيادة لا المنفصلة كالولد
من الحيوان او الجارية من نكاح كان او سفاح والارش والعقر فان الواهب
يرجع في الاصل دون الزيادة لامكان الفصل حتى لو ولدت الامة الموهوبة
في يد الموهوب له كان للواهب ان يرجع في الام في الحال دون الولد
عند ابح ومحمد وقال ابو يوسف لا يرجع في الام حتى يستغني الولد عنها
ثم يرجع بعد الاستغناء في الام دون الولد كذا في قاضيخان والبزازية
وعن ابح ان الولادة يمنع الرجوع في الامة وطولب بالفرق بين الرد
بالعيب والرجوع في الهبة في ان الزيادة المنفصلة يمنع الرد بالعيب في
البيع دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس واجيب بان الرد في المنفصلة
اما ان يرد على الاصل والزيادة جميعا او على الاصل وحده لا سبيل الى
الاول لان الزيادة اما ان تكون مقصودة بالرد او بالتبعية والاول لا يصح
لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذا الثاني لان الولد
بعد الانفصال لا يتبع الام لا محالة ولا الى الثاني ايضا لانه يبقى الزيادة
في يد المشتري مجانا وهو ربوا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت
في يد الموهوب له مجانا لم يفض الى الربا واما في المتصلة فلان الرد بالعيب
انما هو فيما حصلت الزيادة على ملكه وهو المشتري فكان فيه اسقاط
حقه برضاه فلا يكون الزيادة مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فان
الرجوع ليس برضى من ذلك ولا باختياره فكانت مانعة والميم موت احد العاقدين
لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب
فلا يرجع عليهم كما اذا انتقل اليهم في حال حيوته ولان بتبدل الملك كتبدل
العين وبموت الواهب يبطل خيار ده لانه وصف له وهو لا يورث لعدم بقائه

الاعراض فصار كخيار الرؤية والشرط على ما تقدم والعين العوض المضاف اليه
اليها اى الى الهبة وقت العقد لان العوض المسقط للرجوع وهو العوض المضاف
الى الهبة وقت العقد واما العوض المتاخر عن وقت العقد فلا يسقط الرجوع
ولو كان مضافا الى الهبة اذا قبض اى لا يرجع الواهب في هبته اذا قبض
العوض واما قبل قبضه فله حق الرجوع بقي شرط العوض في الهبة هو
القبض والافراز كما في نفس الهبة نحو خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها
او في مقابلتها او في مكانها او قال كافاتك ونحوها والاصل فيه قوله عم
الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اى ما لم يعوض ولو وصلية كان اى العوض
من اجنبى لان الموهوب له لا يحصل له بهذا العوض شئ لم يكن سالما له من قبل
بل هو لاسقاط الحق فيصح من الاجنبى ايضا كما صح بدل الخلع والصلح عن دم العمد
من الاجنبى بخلاف ما لو كان فيه دخول ملك لم يحصل قبله حيث لا يجوز من
الاجنبى وقد تقدم في صلح الفضولى ثم الاجنبى هنا لا يرجع على الموهوب له
وان كان بامره لانه لم يؤد عنه واجبا عليه يرجع عليه لان العوض ليس
بواجب على الموهوب له بخلاف قضاء الدين فان الاجنبى اذا قضى دينه بامره
يرجع عليه لان الدين ثابت على المديون واجب في ذمته وقد امره
بان يسقط مطالبته عنه فيكون امرا بان يملكه ما كان للطالب وهو الدين
فصار كما لو امره ان يملكه عينا الا ان يقول الموهوب له للاجنبى عوض عنى
فلانا على انى ضامن لك فح يرجع الاجنبى عليه كما لو قال لغيره اطعم في كفارتى
او قال اد زكوة مالى او قال هب لفلان عبدك هذا عنى فان المامور في هذه
الصور يرجع على الامر فيما اذا قال الامر على انى ضامن كذا في قاضيخان ثم يشترط
ان يكون العوض معلوما لانه تمليك مبتداء وان لا يكون بعض الموهوب
والا لا يجوز مثل ان يكون الموهوب دارا والعوض بيت منها او الموهوب الفا
والعوض درهم منها فانه لا ينقطع حق الرجوع للواهب لعدم صحة التعويض
كذا في قاضيخان والعناية وسياتى في الكتاب ايضا فلو لم يضف العوض
الى الهبة فلكل من الواهب والموهوب له ان يرجع فيما وهب له لانه كان العوض

بيعه مبتداء لا عوضا عن الهبة الاولى والخاء الخروج عن ملك الموهوب له لان
بالاخراج عن ملكه يتبدل ملكه وبتبدل الملك كتبدل العين فصار كعين اخرى
ولان الاخراج عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يتمكن من نقضه
ثم من جهته والزاء الزوجية وقت الهبة فله اى للواهب الرجوع لو وهب ثم نكح
لعدم الزوجية وقت الهبة لا اى لا يرجع لو وهب لزوجته ثم ابان لان مقصود
كل منهما بالهبة للاخر الصلة والتوادد دون العوض كما في القرابة المحرمة
وقد حصل المقصود فلا يرجع بعد حصول المقصود بخلاف الهبة للاجنبى لان المقصود
منها العوض فله الرجوع قبل حصول مقصوده والنكاح بعد الهبة لا يكون
عوضا حتى يمنع الرجوع ولو ابان زوجته وهبت الزوجة مهرها الذى في ذمة
زوجها المطلق لزوجها لا يرجع ايضا وان لم توجد الزوجية وقت الهبة لان
هبة الدين لمن عليه الدين ابراء فلا يرجع لان هبة الدين لمن عليه الدين
لا يصح الرجوع عنها كما في فتاوى ابن نجيم والقاف القرابة فلا رجوع فيما لو وهب
لذى رحم محرم لقوله عم اذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها ولان
المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفي الرجوع قطعه فلا يجوز سواء كان
احدهما مسلما والاخر كافرا او كانا مسلمين او كافرين كالعتق بالملك ولو وهب
لعبد اخيه او لاخيه وهو عبد لاجنبى يرجع فيها عند الامام وقالا لا يرجع
في الاولى ويرجع في الثانية لان الملك يقع للمولى فكان المعتبر هو المولى
وله ان الهبة يقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو
ملك اليد الاترى انه احق به ما لم يفضل عن حاجته فباعتبار احد الجانبين
يلزم فيها وباعتبار الجانب الاخر لا يلزم فيها فلا يلزم بالشك ولان الصلة
قاصرة في حق كل واحد منها والصلة الكاملة هى المانعة من الرجوع فلا يتعدى
ولو كان كل من العبد ومولاه ذا رحم محرم من الواهب ذكر الكرخى عن محمد
ان قياس قول الامام ان يرجع لانه لم يكن لكل واحد منها صلة كاملة وقال
الهندوانى ليس له ان يرجع في قولهم لان الهبة لايهما وقعت يمنع الرجوع وقال
في قاضيخان وهو الصحيح معللا بان المقصود من هذه الهبة صلة الرحم في

جانب العبد والمولى جميعا وقد حصل ثم قال فيه وكذا لو كان العبد عما للواهب ومولاه
خاله فوهب شيئا للعبد قال محمد في قياس قول ابي حنيفة للواهب ان يرجع قال محمد
وهذا قبيح ولو وهب لمكاتب وهو ذو رحم محرم منه فان ادى الكتابة وعتق لا يرجع
في قولهم لان الملك استقر له فيكون في حقه صلة من كل وجه باعتبار العقد
وحكمه وان عجز ورد الى الرق فعند محمد لا يرجع لان الكسب كان للمكاتب ثم انتقل
الى المولى عند العجز وانتقال الملك يمنع الرجوع وعند ابي يوسف يرجع لانه بالعجز
يظهر ان حقيقة الملك وقعت للمولى من وقت الهبة ولو كان المكاتب اجنبيا
ومولاه قريب الواهب فان عتق المكاتب رجع لان الملك وقع للاجنبي وان عجز
فكذلك عند ابي حنيفة بناء على الاختلاف فيمن وهب لعبد اخيه على ما تقدم آنفا
قوله ذي رحم محرم احترازا عن المحرم بغير الرحم كالرضاع ونحوه فان الهبة منه
لا يمنع الرجوع هذا كلها في الهبة الصحيحة وهل يرجع في الهبة الفاسدة
في العمادية اذا وهب هبة فاسدة لذي رحم محرم منه قال له الرجوع سواء
افاد الهبة الفاسدة الملك بالقبض ولا وبه نفتي والهاء هلاك الموهوب
ولو بالبيع والهبة ونحوها لان بالهلاك تعذر الرجوع اذ هو غير مضمون عليه
والقول فيه اي في الهلاك قول الموهوب له اي لو ادعى الموهوب له هلاك
الهبة والواهب ينكره فالقول قول الموهوب له من غير يمين عليه في قاضيخان
وهذا لانه ينكر وجوب الرد عليه والواهب يدعي وجوب الرد عليه حقيقة
والاصل براءة الذمة فكان القول قول الموهوب له فكان يشبه المودع في



دعوى الهلاك على ما تقدم وفي الزيادة قول الواهب يعني لو ادعى الموهوب له
ان الموهوب زاد في يده زيادة متصلة وانكره الواهب فالقول قول الواهب
لان الموهوب له يدعي بطلان حق الرجوع والواهب ينكره فالقول له الطلق
في الزيادة وليس بمطلق لما في قاضيخان رجل وهب لرجل جارية فاراد الواهب
ان يرجع فيها فقال الموهوب له وهبتها صغيرة فكبرت وازدادت خيرا وقال
الواهب لا بل وهبتها لك كان القول للواهب وكذا في كل زيادة متولدة واما
في البناء والخياطة ونحوها كان القول قول الموهوب له هكذا ذكره ثم قال رجل

في

في يديه دار قال لرجل تصدقت بها علي واذنت لي في قبضها وقبضتها
وقال المتصدق بل قبضتها بغير اذني كان القول للمتصدق ولو قال الذي
في يده الدار كانت في يدي فتصدقت علي وقال المتصدق لا بل كانت في
يدي وقبضتها بغير اذني كان القول قول المتصدق عليه ولو ادعى رجل عبدا
في يد غيره وزعم انه كان وهبه للذي في يديه وكان العبد غائبا منها
فقبضه الموهوب له بغير اذنه وقال الموهوب له وهبته لي وقبضته
باذنك كان القول للموهوب له وان قال الموهوب له حين وهبته لي
كان في منزلك لا بحضرتنا فامرتني بقبضه فقبضته لا يصدق ولو قال
المدعي وهب لك والذي ولم تقبضه الا بعد موته وقال الموهوب له قبضته
في حيوتي فان كان العبد في يد الذي يدعي القبض في حيوته كان
القول للوارث ولو اختلف الواهب والموهوب له عند رجوع الواهب فقال
الواهب كانت هبة وقال الموهوب له كانت صدقة ولا رجوع لك كان
القول قول الواهب وقال في التاتارخانية اذا اراد الواهب الرجوع في
الهبة فقال الموهوب له انا اخوك او قال عوضتك او انما تصدقت به علي
وكذبه الواهب فالقول قول الواهب استحسانا والقياس ان يكون القول قول
الموهوب له وكذا القياس فيما اذا كانت الهبة جارية فقال الموهوب له وهبتها
لي وهي صغيرة فكبرت وان زادت خيرا فكذبه الواهب ان يكون القول
للموهوب له فالامام قاضيخان اخذ الاستحسان في المسئلتين ولو
فاستحق نصف الهبة رجع الموهوب له بنصف العوض لانه لم يدفع اليه الا
ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع بقدره كغيره من المعاوضات
وان استحق نصف العوض لا يرجع الواهب على الموهوب له بشيء من الهبة حتى يرد
الواهب الى الموهوب له باقيه اي باقي العوض خلافا لزفر اعتبارا له باستحقاق
نصف الهبة قلنا ان العوض ليس ببدل عنه حقيقة لانه تمليك عين بلا بدل
ولانه يجوز ان يعوضه اقل من جنسه في المقدرات ولو كان معاوضة
لما جاز للربا وانما اعطاه ليسقط عنه حق الرجوع وما بقي من العوض بعد

الاستحقاق يصلح لاسقاط الرجوع ولهذا لو عوضه هذا العقد ابتداء سقط به
حق الرجوع الا انه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض له فاذا لم يسلم
له كله كان له الخيار ان شاء رضي بما بقي وان شاء رد الباقي ورجع في الهبة
كلها بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا في الهبة فانها تتم بيعا فيوزع البدل
على المبدل فاذا استحق بعض العوض يرجع بما يقابله من العوض كذا في الاسرار
واعلم ان ما ذكره المص من قوله وان استحق نصف لا يرجع بشيء حتى يرد اليه هو
المذكور في الهداية والخلاصة لكنه قال في قاضيخان فان استحق نصف العوض
لا يرجع الواهب في شيء من الهبة ويبطل حق الواهب في الرجوع فان قال الواهب
ارد ما بقي من العوض وارجع في الهبة ليس له ذلك وعن ابي يوسف له ان يرجع
ما بقي من العوض ويرجع في الهبة ان شاء انتهى فظهر منه ان ما ذكره المص
قول ابي يوسف وان استحق الكل اي كل الهبة او كل العوض رجع بالكل فيهما اي
في الهبة والعوض تفصيله ان الاستحقاق اما ان وقع على الهبة او على العوض
وكل وجه على وجهين فان استحق جميع العوض كان للواهب ان يرجع في جميع
الموهوب لان الهبة بقيت بلا عوض فصار كانه لم يكن عوضه اصلا وان استحق
جميع الموهوب كان للموهوب له ان يرجع جميع العوض لعدم سلامة مقصوده
له من العوض وهو تاكد ملكه في الموهوب هذا اذا كان بدل المستحق قائما
وان كان هالكا يفترق الجواب بين استحقاق الكل العوض واستحقاق الموهوب
فان استحق العوض والموهوب هالك لا يرجع على الموهوب له اصلا لان هلاك
الهبة مانع من الرجوع وان استحق الموهوب والعوض هالك يرجع على الواهب
بقيمة العوض ان كان من القيمي وبمثله ان كان من المثلي لانه لم يسلم له مقصوده
من العوض وحكم استحقاق البعض من كل منهما مر انفا وهل يرجع الواهب اذا وجد
في العوض عيبا كما رجع في الاستحقاق ففي قاضيخان اذا وجد الواهب
في العوض عيبا لم يكن له ان يرجع في شيء من الهبة كان العيب فاحشا
او لم يكن فاحشا انتهى والوجه فيه ما ذكرناه في جواب زفر وهل يرجع اذا بطل
العوض ففي قاضيخان اذا وهب للصغير هبة فعوض الاب او الوصي من مال الصبي

لا يجوز لانه تبرع واذا بطل العوض كان للواهب ان يرجع في هبته كما في الاستحقاق
انتهى ولو عوض عن نصفها اي نصف الهبة فله اي للواهب ان يرجع عن هبته
بما لم يعوض اي له الرجوع في النصف الاخر لان حقه في الرجوع كان في الكل
فاذا عوضه عن بعضه امتنع الرجوع في ذلك البعض وبقي حقه في الباقي
على ما كان اطلقه فيشمل ما اذا كان الموهوب له واحدا او اثنين فانه اذا وهب
رجل رجلا شيئا وعوض الموهوب له عن نصف الموهوب فللواهب ان يرجع
في النصف الباقي فان قيل النصف الباقي شايع فكيف يصح الرجوع فيه قلنا
شيوع النصف الباقي لا يمنع الرجوع على ما صرح به وفي قاضيخان
ويصح رجوعه في النصف الشايع وسياتي في الكتاب ايضا وكذا لو وهب
رجل من رجلين عبدا مثلا فعوضه احدهما عن حصته كان للواهب ان يرجع
في حصة الاخر ولو شايعا كذا في قاضيخان ولو خرج نصفها اي نصف الهبة
عن ملكه اي ملك الموهوب له ببيع او هبة فله اي للواهب ان يرجع عن هبته
بما لم يخرج لان المانع من الرجوع اعني الهلاك لم يوجد الا في النصف الهالك
لا الباقي فيرجع فيه ثم اذا عاد النصف الخارج الى ملك الموهوب له فللواهب
الرجوع في ذلك النصف ايضا والدليل عليه ما ذكره في قاضيخان رجل
وهب لرجل هبة فقبضها الموهوب له ووهبها لاخر وسلمها اليه ثم رجع
الواهب الثاني في هبته بقضاء او رضاء كان للواهب الاول ان يرجع في هبته
ولا يصح الرجوع عن الهبة فيما يصح الرجوع فيها اعني ما لا يوجد فيه شيء من
الموانع المذكورة الا بتراض من الجانبين او حكم قاض لان ملك الموهوب له ثابت
في العين الموهوب فلا يخرج عن ملكه الا بالرضاء او بالقضاء ولان
الرجوع مختلف فيه بين العلماء لاختلاف الاثار فيه وان في اصله وهاء
وفي عدم حصول مقصوده ووجوده خفاء لانه يحتمل ان يكون غرضه
العوض الدنيوي فيثبت له حق الرجوع ويحتمل ان يكون غرضه الثواب او اظهار
الجود فلا يكون له حق الرجوع فلا بد من الفصل بالرضاء او القضاء والا
فملك الموهوب له ثابت في العين حتى ينفذ تصرفاته فيه من عتق وبيع

وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة قبل الحكم بدون اتصال الحكم فلو كان الموهوب عبدا
او امة واعتق الموهوب له او باعه بعد الرجوع اى رجوع الواهب قبل القضاء
بالرد ولو بعد المرافعة عند القاضي قبل اتصال القضاء به والتسليم هكذا وقع في
عامة نسخ المتن التي كان عندنا ولم اجده في غيره من الكتب والصواب اسقاطه
لانه يوهم انه لو اعتق بعد الرجوع والقضاء قبل التسليم الى الواهب نفذ عتقه
مع انه لا ينفذ بعد القضاء سواء سلمه الى الواهب او لا لان القضاء بالرد فسخ
فلا يحتاج الى التسليم والقبض كما لا يحتاج الرجوع بالقضاء الى التسليم كذلك
لا يحتاج الرجوع بالتراضي الى التسليم لكونه فسخا ايضا وحمل التسليم على معنى
التراضي بعيد نفذ عتقه وبيعه لعدم خروجه عن ملكه بدون القضاء او
الرضاء بخلاف ما لو اعتق الواهب بعد رجوعه قبل القضاء بالرد او الرضاء
فانه لا ينفذ لعدم صحة رجوعه بدون القضاء او الرضاء حتى لو وهب ثوبا
فسلمه اليه ثم اختلف منه فاستهلكه ضمن الواهب قيمة الثوب للموهوب له
لانه اتلف ملكه بغير رضاه ورجوعه لا يصح قبل القضاء او الرضاء كذا في
قاضيخان وفيه ايضا مريض وهب له عبد ثم رجع الواهب في الهبة فرده المريض
برضاه بغير قضاء جاز ذلك من الثلث لانه تملكه بالقبض ثم رضاه بالرد
تبرع منه فيعتبر من الثلث فان كان الرد بقضاء يجوز ولا شيء لورثته على
الواهب لانه بمنزلة الاستحقاق بالبينة ولو منعه اى منع الموهوب له
الموهوب عن الواهب بعد الرجوع والطلب قبل القضاء فهلك الموهوب عند
الموهوب له قبل القضاء لا يضمن الموهوب له لقيام ملكه فيه وكذا لا يضمن
اذا هلك عنده بعد القضاء قبل المنع لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام
عليه فلا يضمن واما لو منعه بعد القضاء والطلب فانه يضمن بالهلاك لانه
صار غاصبا كما لو اخذه الواهب بعد الرجوع من الموهوب له بغير رضاه
قبل القضاء فهلك فانه يضمن الواهب وقد تقدم من قبل وهو اى الرجوع في
الهبة مع احدهما اى مع واحد من القضاء او الرضاء فسخ من الاصل لا هبة من
الموهوب له للواهب وقال زفر الرجوع بالتراضي بمنزلة عقد جديد فيجعل بمنزلة

الهبة

الهبة المبتداة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب فانه اذا كان
بالقضاء كان فسخا واذا كان بالرضاء كان كالبيع المبتدا ولهذا لو رده في
مرض موته برضاه يعتبر من الثلث قلنا ان عقد الهبة انعقد موجبا حق الفسخ للواهب
وهو بالفسخ يكون مستوفيا لا ان العقد وقع غير لازم فاذا رجع رجع اليه
عين ملكه كالعارية فيكون فسخا في حق الكل فلا يمكن ان يجعله هبة مبتداة
حتى لا يشترط فيه قبض الواهب ويصح في الشائع بخلاف الرد بالعيب بعد
القبض لان حقه فيه في وصف السلامة لا في الفسخ ولهذا لو زال العيب
امتنع الرد لوصول حقه اليه لكن اذا لم يكن سليما له فات رضاه فيرجع بالعوض
ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير ان يثبت حقه في الفسخ فاذا لم يكن له
حق في الفسخ لم يصر مستوفيا حقه فيكون ملكا مبتدا ضرورة غير انه اذا
حكم القاضي بالرد عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسخا لعموم ولايته ولا
كذلك المتعاقدان لانهما لا ولاية لهما الا على نفسهما فقط وانما اعتبر رده في
المرض من الثلث لان حق الورثة تعلق بجميع ماله فلا يقدر ان يبطله باختياره
وان ابطله رده عليه كيف ما كان استحسانا وفي القياس ان لا يرد كذا
في الزيلعي نقلا عن ابن سماعة فلا يشترط قبضه اى اذا كان فسخا لا يشترط
قبض الواهب لان القبض انما يعتبر في انتقال الملك لا في عوده الى مالكه
والموجود هنا هو العود لا الانتقال على ما ذكرناه بخلاف ما لو تصدق على
رجل بشيء ثم استقال المتصدق عليه فاقاله المتصدق عليه لم يجز حتى يقبض
المتصدق لانها هبة مستقلة فيشترط فيه القبض وكذا اذا وهب لذي رحم
محرم وكل شيء يفسخه القاضي لو اختصما اليه كان الرجوع فيه بمنزلة الهبة
المستقلة وكل شيء يفسخه القاضي لو اختصما اليه فاقاله الموهوب له فهلك
يهلك من مال الواهب وان لم يقبضه فالاقالة فسخه حقيقة فالفسخ لا يحتاج
الى القبض وصح اى الرجوع في المشاع القابل للقسمة ولو كان هبة مبتداة لما صح
فيه وان تلف الموهوب في يد الموهوب له فاستحق فضمن الموهوب له لا يرجع
على واهبه لما ضمن لان الهبة عقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة

ولا يثبت به الغرور من جهته بخلاف الوديعة لان المودع عامل له وبخلاف المعاوضة
لان عقد المعاوضة يقتضي السلامة فيكون كل واحد ملتزما لوصف السلامة
بالاقدام على العقد فاذا لم يسلم له بقي مغرورا من جهته فيرجع بما لحقه وفي
العناية عن الذخيرة ان الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له فان ضمن
بعد الاستحقاق رجع على الواهب والهبة بشرط العوض مثل ان يقول وهبتك
هذا العبد على ان تهب هذا العبد لا ان يقول بالباء فانه يكون بيعا ابتداء وانتهاء
بالاجماع كذا في العناية هبة ابتداء فشرط القبض في العوضين حتى يصح الرجوع
عنها قبل قبضه العوض ومنعها الشيوع القابل للقسمة والمراد الشيوع المقارن
لان الشيوع الطاري لا يفسد الهبة الا في رواية عن ابي يوسف عليها تقدم
في احدهما اي احد العوضين بيع انتهاء فتثبت الشفعة وخيار العيب والشرط
والرؤية في كل منهما اي كل من العوضين وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء
لانها بمعنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة بالمعنى دون اللفظ الا ترى ان الكفالة
بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة وهبة الدين
لمن عليه الدين ابراء وبيع العبد من نفسه اعتاق وهبة المنفعة بالعوض اجارة
والاعارة بعوض اجارة قلنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالدليلين
فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه فيجري فيه احكام الهبة وانتهاؤه معتبرا بمعنى فيجري
فيه احكام البيع فصار كالهبة في المرض فان ظاهره تمليك في الحال ومعناه
معنى الوصية لما فيه من ابطال ما تعلق به حق الورثة فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى
شرط فيه القبض ويبطل بالشيوع وانتهاؤه بمعناه حتى ينفذ من الثلث بعد
لخروج الدين لان الالفاظ لا يجوز الغاؤه مع امكان العمل بها وقد امكن فيما نحن فيه
بخلاف المسائل المستشهد بها فان العمل فيها بالمعنيين غير ممكن للتضاد بين الحكمين
فتعين الغاء اللفظ والعمل بالمعنى ترجيحا لجانب المعنى واما فيما نحن فيه فلا تضاد
بين حكميهما لان حكم البيع قد يكون متراخيا باشتراط الخيار لاحدهما فيكون
موافقا لحكم الهبة من حيث تاخره الى القبض والهبة قد تكون لازمة بانقطاع
الرجوع بما مر من الموانع فيكون موافقا للبيع هذا اشار بقوله بشرط العوض

الى ما في الخلاصة والبزازية وغيرهما من ان تعليق الهبة بشرط ملائم جائز لان العوض
شرط ملائم بخلاف التعليق بشرط غير ملائم فانه لا يجوز عليهما سيصرح به في
اول الفصل الآتي قال في الخلاصة تعليق الهبة بالشرط باطل ان ذكر بكلمة ان
وان ذكر بكلمة على ان كان ملائما بان شرط العوض صحت الهبة والشرط وان
كان الشرط مخالفا صحت الهبة وبطل الشرط فلان المراد بالشرط هنا هو
الشرط بكلمة على ولم يذكر المص هبة المريض قالوا ان هبة المريض مرض الموت
هبة حقيقة حتى لو حلف لا يهب فوهب في مرض موته يحنث ولو حلف لا يوصي
لا يحنث بهبته في مرض موته وصية وحكما حتى يعتبر من ثلث ماله عند عدم
اجازة الورثة قال في قاضيخان مريض وهب داره لانسان والدار لا يخرج
من ثلث ماله فلم يجز الورثة هبته فان الهبة تنتقض في الثلثين وتبقى في
الثلث وهل المعتبر لاجازة الورثة حال حيوة المريض او بعد موته قلت بعد موته
لما ذكره في العمادية المريضة اذا وهب مهرها من زوجها واجازت الورثة
قبل موتها ثم ماتت لا تصح الهبة لان المعتبر هو الاجازة بعد الموت لا قبله
لان الحق للورثة انما يثبت بعد الموت انتهى ولا بد ان لا يتغير المرض الذي وجدت
الهبة فيه بل يموت على ذلك المرض حتى لو اشتد ذلك المرض وتغير حاله
يعتبر ذلك مرضا اخر وتصح الهبة التي وجدت قبل التغير والاشتداد

فصل ومن وهب امة الا حملها او على ان يردها عليه او يعتقها او يستولدها
صحت الهبة وبطل الاستثناء والشرط لان الاستثناء لا يعمل الا في محل
يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا لانه بمنزلة اطراف الحيوانات
لاتصاله به خلقة والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل
لاحد لم يصح فكذا اذا استثنى فانقلب الاستثناء شرطا فاسدا لكونه مخالفا
لمقتضى العقد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة او ذكر بكلمة على كالصدقة
والصلح عن دم العمد والطلاق والخلع على ما ذكر في قبيل كتاب العرف بل يبطل
الشرط وتصح الهبة بخلاف البيع والاجارة والرجعة وغيرها مما ذكر في ذلك
المحل لانها تبطل بالشروط الفاسدة فيبطل فيها العقد وبخلاف تعليق الهبة

بشرط ملايم كشرط العوض فان الشرط والعقد صحيح على ما تقدم فان قيل ما الفرق
بين الحمل ونحوه وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع حيث اذا وهب الصوف
على الظهر وامره بجزه واللبن بحلبه وقبض الموهوب له فانه جائز استحسانا
على ما تقدم دون الحمل ونحوه اجيب بان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم
وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وان اخراج الولد ليس اليه فلا يمكن
ان يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجز في الصوف والحلب في
اللبن ثم انما بطل هذا الشرط لانه يخالف مقتضى العقد لان مقتضاه ثبوت
الملك مطلقا بخلاف الشرط الملايم لانه متعارف وانما لم تبطل الهبة لما روي
ان النبي عم اجاز العمرى وابطل الشرط ونهى عن بيع وشرط وكذا اي صحت
الهبة وبطل الشرط لو وهب دارا على ان يرد عليه بعضها من ثلثها او نصفها
او يعوضه شيئا منها لانه شرط فاسد لما ذكرناه هكذا وقع في الكنز واعترض
عليه الزيلعي بانه ان اراد بقوله او يعوضه شيئا منها الهبة بشرط العوض فهو
والعوض جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان اراد ان يعوضه
شيئا من العين الموهوبة وهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد عليه
بعضها انتهى والجواب ان المراد بقوله على ان يرد عليه بعضها البعض المعلوم مثل
الثلث او الربع وبقوله على ان يعوضه شيئا منها البعض المجهول من العين الموهوبة
فلا تكرار لان التعويض من بعض العين الموهوبة فاسد سواء كان بعضا
معلوما او مجهولا لان العوض انما يصح اذا كان معلوما ولو دبر الحمل ثم وهبها
فالهبة باطلة لان الحمل باق على ملكه فيكون من قبيل هبة المشاع فلا يجوز بخلاف
الاستثناء لانا ابطلناه على ما تقدم وجعلنا الحمل موهوما وههنا التدبير
يمنع عن ذلك لاستلزامه بقاء ملكه فان قيل سلمنا انها هبة مشاع لكنها
فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة على ما تقدم اجيب بان عرضية الانفصال في
ثاني الاحوال كالثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال فكان في منزلة
ما يحتمل القسمة بخلاف ما لو اعتقه اي الحمل ثم وهبها اي الام حيث جازت الهبة
لانه لم يبق الجنين على ملك الواهب لخروجه عنه بالاعتاق فلم يكن هبة مشاع

فيكون

فيكون جائزة قيل في المسئلة روايتان في رواية لا يجوز الهبة والاعتاق
والتدبير معا وقيل جازت فيها وقال في قاضيخان والصحيح الفرق بين الاعتاق
والتدبير كما عرفه النص ومن قال لمديونه اذا جاء غد فالدين لك او فانت بريء
منه او اديت الي نصفه فالباقي لك او فانت بريء منه فهو باطل لان الابراء
تمليك من وجه لارتداده بالرد اسقاط من وجه لعدم توقفه على القبول وهبة
الدين ممن عليه الدين ابراء لارتداده بالرد وعدم توقفه على القبول فكان تمليكا
من وجه اسقاطا من وجه والتعليق بالشروط مختص بالتبرعات والاسقاطات
المحضة التي يحلف بها اي يقبل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والقرض
وهبة العين والصدقة ونحوها فلا يتعداها الى ما فيه تمليك فان قيل قولهم هبة
الدين ممن عليه الدين لا يتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلم فان
رب الدين اذا ابرا المديون منه او وهبه له توقف على قبوله اجيب بان توقفه
على ذلك لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد بفوات
القبض المستحق بعقد الصرف واحد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف على
القبول كذا في العناية واعلم ان هبة الدين اما لمن عليه الدين او لغير من عليه
الدين والثاني لا يصح الا اذا وهبه وامر بقبضه فقبضه جاز استحسانا
وان لم يامره بقبضه لم يجز ولو امر بقبضه فلم يقبضه لم يستحكم على ما في العمادية
ومن هنا قال في الفتاوى لو وهبت البنت مهرها الذي في ذمة زوجها من
ابيها ان امرته بالقبض صحت والا وكذا لو وهبت امراة مهرها الذي في ذمة
زوجها من ولدها الصغير الذي من هذا الزوج لا تصح على الصحيح الا اذا امرت
ولدها وسلطته على القبض فتصح لانها هبة لغير من عليه الدين فلا بد من
التسليط بالقبض وهل للاب والابن قبض ذلك المهر من الزوج بعد الهبة
لها والتسليط على القبض من الزوج قلت هذا واقعة الفتوى والذي يقتضيه
ظاهر اطلاق قولهم ان امرته بالقبض صحت الهبة ان يكون له حق المطالبة
والقبض لان المتبادر من الصحة هو الصحة بابا وذلك يقتضي جواز المطالبة
بالقبض عقيب الهبة والتسليط على القبض والذي يقتضيه قولهم الدين المؤجل

لا يطالب قبل حلول الاجل ان لا يجوز له حق المطالبة والقبض الا بعد موت الزوج
او تطليقه بائنا لان المهر المؤجل لا يطالب الا بعد الموت او الطلاق لانه مؤجل
بهما لكن لقائل ان يقول ان هذا الاجل صحيح عرفا كما صرح في مهر القنية والبزازية
وجها له وقت الموت والطلاق تحل فلا نقيضه قبل حلول الاجل فيصير كانه
وهبها حين قبضه والاول اى هبة الدين لمن عليه الدين صحيح قياسا واستحسانا
وكذا الابراء منه صحيح قياسا واستحسانا اتفاقا واختلفوا في الفرق بين هبة
الدين ممن عليه الدين وبين الابراء منه منهم من لم يفرق بينهما اصلا ومنهم من فرق
بينهما ووجه من لم يفرق ان كلا منهما ابراء ذمة المديون ووجه من فرق ان
الهبة تمليك لا اسقاط والابراء اسقاط والتمليك ليس عين الاسقاط وان
استلزمه ثم اختلفوا في اشتراط القبول منهم من قال ان هبة الدين ممن عليه
الدين لا تتم من غير قبول من المديون والابراء تتم بدونه لان الهبة تمليك
فلا تتم الا بالقبول لانه الزام الملك والابراء اسقاط فلا حاجة الى القبول اذ
ليس فيه الزام شيء وعن زفر انه سوى بينهما وقال تتم الهبة والابراء بدون القبول
وهو اختيار شمس الائمة وعليه عامة المشايخ على ما في الواقعات وعلى كلا القولين
انه يرتد بالرد وهل يشترط لصحة الرد مجلس الابراء والهبة ام لا يشترط قيل
نعم وقيل لا وقد ذكرناه في باب اليمين في الضرب والقتل من كتاب الايمان
فارجع اليه فان قيل قد ذكرت ان الابراء يرتد بالرد وهذا مخالف لما ذكره
في الخلاصة لو قال الغريم للدائن ابرئني مما لك علي فقال قد ابراتك من ديني
عليك فقال لا اقبل فهو بريء فانه يدل على ان الابراء لا يرتد بالرد قلنا ان
قوله لا اقبل رد بعد القبول فلا يعتبر فانه لما طلب منه الابراء فقد قبله
ثم لا يقبل رده ومما يدل على ان قبول المديون ليس بشرط في جواز هبة
الدين منه ما ذكره قاضيخان رجل مات فوهبت امراته مهرها منه صحت
هبتها وبريء الزوج لان الدين لا يسقط بالموت وقبول المديون ليس بشرط
لجواز الهبة فصحت وهل لورثته رد هذه الهبة والذي يظهر من البزازية ان
لهم ذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد حيث قال غريم الميت وهب الدين من

الوارث

الوارث صحت لانها ممن عليه الدين حكما ولو رد الوارث الهبة يرتد بالرد خلافا
لمحمد وقيل لا اختلاف ههنا والخلاف فيما لو وهب للميت فرده الوارث انتهى ثم قال
فيها ولو وهب لبعض الورثة فالهبة لكلهم ولو ابرا الوارث صح ايضا ثم اعلم
ان تعليق الهبة بالشرط سواء كان الموهوب عينا او دينا باطل مطلقا ان ذكر
الشرط بكلمة ان لانه تعليق على خطر الوجود وهو ينافي التمليك وان ذكر بكلمة
على فان كان ملائما فجائز لان كلمة على للعوض فيكون من قبيل التعليق بالعوض
والهبة بشرط العوض جائز ولان المذكور بعلى تقييد لا تعليق وان لم يكن ملائما
لا يجوز ويتفرع عليه ما ذكره في الذخيرة البرهانية اذا وهبت المراة
لزوجها ضيعة على ان يمسكها ولا يطلقها فامسكها زمانا ثم طلقها بعد ذلك
فان شرطت للامساك وترك الطلاق وقتا موقتا فطلقها قبل مضي الوقت
فالهبة باطلة وان لم تشترط للامساك وقتا معينا فالهبة ماضية على الصحة
وقال في قاضيخان امراة قالت لزوجها وهبت مهري منك على ان كل امراة
تتزوجها تجعل امرها بيدي فان لم يقبل الزوج ذلك بطلت الهبة وان قبل
ذلك في المجلس جازت الهبة ثم ان فعل الزوج ذلك فالهبة ماضية وان
لم يفعل فكذلك عند البعض كمن اعتق امته على ان لا تتزوج فقبلت عتقت تزوجت
او لم تتزوج ثم قال امراة قالت لزوجها وهبت مهري ان لم تظلمني فقبل ذلك
ثم ظلمها بعد ذلك قال ابو بكر الاسكاف وابو القاسم الصفار الهبة فاسدة
لانها تعليق الهبة بالشرط بخلاف ما لو قالت وهبت منك مهري على ان لا تظلمني
فقبل صحت الهبة لانها تعليق الهبة بالقبول فاذا قبل تمت الهبة فلا يعود المهر
بعد ذلك وهو نظير ما لو قال لامراته انت طالق ان دخلت الدار لا تطلق ما لم تدخل
ولو قال انت طالق على دخولك الدار فقالت قبلت وقع الطلاق وقال محمد بن
مقاتل في مسئلة الظلم مهرها عليه على حاله اذا ظلمها لان المراة لم ترض
بالهبة الا بهذا الشرط فاذا فات الشرط فات الرضاء اما الطلاق فالرضا فيه
ليس بشرط والدليل على هذا ما ذكر في كتاب الحج اذا تركت المراة مهرها على
الزوج على ان يحج لها فقبل الزوج ذلك ولم يحج لها كان المهر عليه على حاله والفتوى

على هذا القول قال مولانا ويمكن الفرق بين مسئلة الحج وبين مسئلة الظلم بان
في مسئلة الحج لما شرطت الحج فقد شرطت نفقة الحج عليه فيكون هذا بمنزلة
الهبة بشرط العوض فاذا لم يحصل العوض لا يتم الهبة اما في مسئلة الظلم
شرطت عليه ترك الظلم وترك الظلم لا يصلح عوضا قال واذا اضربها انما يسقط
المهر اذا اضربها بغير حق اما اذا اضربها لتاديب مستحق عليها لا يعود المهر لان
ما كان حقا لا يكون ظلما امراة وهبت مهرها من زوجها ليعطيها في كل
حول ثوبا مرتين وقبل الزوج ذلك فمضى حولان ولم يعط قال محمد بن الفضل
ان كان ذلك شرطا في الهبة فمهرها عليه على حاله لان هذا بمنزلة الهبة
بشرط العوض فاذا لم يحصل العوض لا يصح الهبة وان لم يكن ذلك شرطا
في الهبة سقط مهرها ولا يعود بعد ذلك وكذا لو وهبت مهرها على
ان يحسن اليها ولم يحسن كانت الهبة باطلة ويكون بمنزلة الهبة بشرط
العوض امراة وهبت مهرها من زوجها على ان يمسكها ولا يطلقها فقبل
الزوج ذلك ثم طلقها قال محمد بن الفضل ان لم يكن وقت لامساكه وقتا
لا يعود مهرها على زوجها وان وقت وقتا فطلقها قبل ذلك الوقت كان
المهر عليه على حاله فقيل له اذا لم يوقت لذلك وقتا كان قصدها ان يمسكها
ما عاش قال نعم الا ان العبرة لاطلاق اللفظ وقال خلف اذا وهبت امراة
زوجها من زوجها على ان لا يطلقها وقبل الزوج ذلك صحت الهبة طلقها
الزوج او لم يطلقها لان ترك الطلاق لا يكون عوضا فبقيت هذه هبة بشرط
فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وذكر في النوازل اذا قالت
المراة لزوجها تركت مهري عليك على ان تجعل امري بيدي فقبل الزوج
ذلك قال مهرها عليه كما كان ما لم تطلق نفسها قال في فتاوى الانقروي
نقلا عن المجتبى لو منعها الزوج من ابويها وقال لو وهبت لي مهرك بعثتك اليهما
فوهبت له بعض مهرها فبعثها او لم يبعثها فالهبة باطلة لانها كالمكرهة
وهبة المكره باطلة وقال الشيخ خير الدين يؤخذ منه جواب حادثة الفتوى
وهي ان البكر البالغة يمنعها اخوتها التي هي في بيتهم عن الدخول بزوجها حتى

نهبهم

نهبهم او تبيعهم حصتها من ابيها في الارث واشهدتهم والجواب في مثل ذلك انها
كالمكرهة في ذلك ثم قال نقلا عن الفقيه ابي جعفر من منع امراته المريضة
عن المسير الى ابويها الا ان تهب مهرها فوهبت بعض مهرها فالهبة باطلة لانها
كالمكرهة ثم قال ويؤخذ من هذا جواب حادثة الفتوى وهي ما لو زوج ابنته
البكر من رجل فلما ارادت ان تخرج من بيته الى زوجها منعها الاب الا ان
تشهد عليها انها استوفت منه ما تعرف فيه من ميراث امها فاقرت بذلك
ثم اذن لها في الخروج فان الظاهر ان الحكم فيه عدم صحة الاقرار لكونها في
معنى المكرهة لما ذكر من المنع وبه افتى شيخ الاسلام ابو السعود العمادي
المراة المطلقة اذا ارادت ان تتزوجها الذي طلقها فقال لها المطلق لا اتزوجك
حتى تهبني ما لك علي من المهر فوهبت مهرها الذي عليه على ان يتزوجها ثم
الى ان يتزوجها قالوا مهرها عليه على حاله تزوجها او لم يتزوجها لانها
جعلت المال على نفسها عوضا عن النكاح وفي النكاح العوض لا يكون على
المراة امراة تقول لزوجها انك تغيب عني كثيرا فان مكثت معي ولا تغيب
فقد وهبت منك الحائط الذي في مكان كذا فمكث معها زمانا ثم طلقها
قالوا هذه المسئلة على خمسة اوجه ان كان كلامها عدة منها لا هبة للحال
لا يكون الحائط للزوج لان بالوعد لا يملك وان كانت وهبت منه وسلمت
اليه والزوج وعدها ان يمكث معها يكون الحائط للزوج لانها وهبت للحال
ولم يعلقها بشرط وانما شرطت عليه شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط
الفاسدة والوجه الثالث ان يقول المراة وهبت منك الحائط ان مكثت
معي فقبل الزوج ذلك كانت باطلة لانها علقت الهبة بالشرط والهبة
لا يحتمل التعليق بالشرط والوجه الرابع ان تقول المراة وهبت منك على ان
تمكث معي قال ابو القاسم لا يكون الحائط للزوج وعليها قال محمد بن مقاتل
ونصير فيما تقدم انفا لا يكون للزوج والاعتماد على ما قالا لانها ما رضيت
الا بهذا الشرط والوجه الخامس ان تصالح المراة زوجها على ان يمكث معها
على ان يكون الحائط هبة للزوج لا يكون الحائط للزوج كما في الوجه الرابع

والصلح باطل رجل وهب لرجل ارضا وسلمها اليه وشرط ان ينفق الموهوب له
على الواهب من الخارج كانت الهبة فاسدة لانه شرط على الموهوب له عوضا
مجهولا لان الخارج من الارض مما املكه فيكون له فلا يصلح عوضا فيكون العوض
مجهولا فيكون مفسدا بخلاف ما اذا كانت الهبة كرما وشرط ان ينفق الموهوب له
على الواهب من ثمرته قال ثمة تصح الهبة ويبطل الشرط لان الواهب شرط على
الموهوب له رد بعض الهبة على الواهب فيكون الشرط فاسدا والهبة لا تبطل
بالشرط الفاسد بل يبطل الشرط وتصح الهبة لو قال لمديونه ان لم تقض مالي
عليك من دين حتى تموت فانت في حل او بريء فهو باطل لانه تعليق والابراء
لا يحتمل التعليق ولو قال لمديونه اذا مت بضم التاء فانت في حل او بريء
فهو جائز لان هذه وصية لا ابراء بخلاف ما لو قال لمديونه اذا مت بفتح التاء
فانت بريء من ذلك الدين حيث لا يبرأ لانه مخاطرة وتعليق كقوله ان دخلت
الدار فانت بريء مما لي عليك لا يبرأ وكذا لو قالت المرأة لزوجها المريض اذا مت
بفتح التاء من مرضك هذا فانت في حل من مهري او قالت فمهري عليك صدقة
فهو باطل لانه تعليق ومخاطرة وكذا لو قالت المرأة المريضة لزوجها ان مت بضم
التاء من مرضي هذا فمهري عليك صدقة او فانت في حل من مهري فماتت من
ذلك المرض كان مهرها على زوجها كما كان لان هذه مخاطرة فلا تصح هذه
الجملة في كتاب الهبة من قاضيخان فدل هذه المسائل ان تعليق الابراء من الدين
وتعليق هبة الدين بشرط ملائم بكلمة على جائز وقد صرح به في البحر قبيل
كتاب الصرف عليها ذكرها ثمة ففي قوله ان اديت الي نصفه اشارة الى انه
لو قال وهبت لك نصفه على ان تؤدي نصفه الباقي وقبله المديون جاز
والعمرى جائزة للمعمر له اي للموهوب له حال حيوته ولورثته بعده لما روينا
ان النبي عم اجاز العمرى وابطل الشرط وهي اي العمرى ان يجعل داره له مدة
عمره فاذا مات ردت اليه والرقبى باطلة عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف
تصح كالعمرى وهي اي الرقبى ان يقول ان مت انا قبلك فلك ذلك وان مت
انت قبلي فلي هذا تفسير الرقبى على قول ابي ح ومحمد لهما ما رواه احمد والنسائي

ان النبي عم اجاز العمرى ومنع الرقبى ولان معنى العمرى هو التمليك في الحال ويجعلها
عمره له ثم ان مات يرجع فصح التمليك وبطل الشرط لان الهبة لا تبطل بالشرط
الفاسد بل يبطل الشرط ومعنى الرقبى ان يملكها بعد موته فيكون الرقبى تمليكا
مضافا الى زمان المستقبل وهو من الارتقاب بمعنى الانتظار كانه ينتظر
موته فلا يصح لعدم التمليك في الحال ولابي يوسف ان الرقبى تمليك للحال
واشتراط الرد في المال كالعمرى فيجوز فليس بينهما نزاع في الحقيقة بل
النزاع لفظي بناء على تفسيرها فمن فسرها بالتمليك الحالي اجازها ومن فسرها
بالتمليك الاستقبالي منعها كذا في الزيلعي والصدقة كالهبة لا تصح بدون
القبض لقوله عم لا تجوز الصدقة الا مقبوضة ولانها تبرع كالهبة فلا تتم
بدون القبض ولا في مشاع يقسم لان الشيوع فيما يقسم يمنع تمام القبض
المشروط ولا رجوع فيها ولو لغني لان المقصود منها هو الثواب وقد حصل
فصارت كهبة عوض عنها لكن القياس في الصدقة على غني صحة الرجوع لان
الغرض ثمة هو حصول العوض لا الثواب ووجه الاستحسان ان الصدقة
على الغني قد يراد بها الثواب ايضا ولا في الهبة لفقير لان المقصود منها هو الثواب
وقد حصل وتفصيل ما يتعلق بالصدقة مذكور في فصل الرقبة من اخر
كتاب الهبة من قاضيخان وذكر فيه احكام الصدقة وقال اختلفوا في التصدق
على سائل المسجد قالوا لا ينبغي على السائل في المسجد ولو قال جميع مالي
او ما املكه لفلان فهو هبة لان مملوكه انما يكون ملكا لغيره بالتمليك والهبة
ادناه قال في اقرار قاضيخان لو قال جميع مالي او جميع ما املكه لفلان
فهو هبة لا يجوز الا بالتسليم ولا يجبر على ذلك ولو قال جميع ما في بيتي لفلان
كان اقرارا وكذا لو قال جميع ما يعرف بي او جميع ما ينسب الي فهو لفلان يكون
اقرارا هكذا ذكره في كتاب الاقرار نقلا عن الاسكاف ثم ذكر في كتاب
الهبة وجه الفرق بينهما وقال لان في الوجه الاول صرح باضافة الملك
الى نفسه ثم اضافه الى فلان ومثله يكون هبة وفي الوجه الثاني لم يصرح
بملك نفسه لان ما في البيت وما يعرف منه وينسب اليه لا يستلزم الملك

لانه قد يكون لغيره ومثل هذا لا يكون هبة لان الهبة تستدعي سابقية الملك
يقينا وقال في الخلاصة من كتاب الاقرار رجل قال جميع ما في يدي فهو
لفلان فهذا اقرار لا هبة والوجه فيه ايضا ما ذكر ويشكل هذا الفرق بما ذكره
في اقرار قاضيخان جميع ما في بيتي بعته من فلان جاز البيع ولو قال جميع ما
املكه بعته من فلان يقتضي جهالة المبيع جهالة فاحشة بخلاف قوله جميع
ما في بيتي وان قال ما ينسب الي او يعرف بي فاقرار والوجه ما ذكرناه آنفا

كتاب الاجارة

قال في المصباح آجرت الدار على افعلت وانا موجر
ولا يقال مواجر فهو خطأ ثم قال آجرت الدار والعبد من افعل لا من فاعل
ومنهم من يقول آجرت الدار على فاعل فهو مواجر ثم قال ويستعمل الاجارة
بمعنى الاجر وبمعنى الاجرة وتمام تفصيله في المغرب والمصباح هي بيع منفعة
معلومة والمراد بالمنفعة منفعة مقصودة من العين حتى لو لم تكن مقصودة
منها كانت الاجارة فاسدة كمن استاجر دارا لا يسكنها بل يظن الناس انها له
او عبدا لا يستخدمه ويظن الناس انه له او ثوبا لا يلبسه ويظن الناس
انه له الى غير ذلك كذا في البحر بعوض معلوم دين كان العوض بان كان
باحد النقدين او عين بان كان بغير النقدين من العبيد والعروض والحيوان
ولا تنعقد الا بايجاب وقبول وهذا التعريف مشتمل على شرطها وهو كون
الطرفين اي البدل والمنفعة معلوما لان جهالتهما تفضي الى المنازعة فيفسدها
العقد وعلى حكمها ايضا وهو وقوع الملك في البدلين لانه مقتضى عقد البيع الا
انه انما يقع هنا ساعة فساعة لان المعقود عليه وهو المنافع معدوم حين
العقد والقياس ان لا يجوز لانه بيع المعدوم الا انها اجيزت لضرورة شدة
الحاجة اليها فتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع والعين
المستاجرة اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب
والقبول حتى لو اضاف العقد الى المنفعة وقال بعت منفعة هذه الدار شهرا
بكذا او بعت سكناها لا يجوز وكذا اذا قال آجرتك منفعة هذه الدار شهرا بكذا
لا يجوز عند بعض المشايخ وقال الامام خواهرزاده اذا اضاف الاجارة الى

المنفعة يجوز وانما لا يجوز اذا اضاف البيع الى المنفعة وعمله يظهر في البدلين
ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة على حسب انعقاده لا وقت وجودها بمجرد
العقد فالملك في المنفعة وبدلها اي الاجرة يقع ساعة فساعة وكذا استحقاقها
ولو عطف قوله او نفع لكان اولى فان الاجارة بالمنفعة جائزة ايضا اذا
كان جنس المنفعة مختلفة كسكنى دار بخدمة عبده بخلاف ما اذا كان جنس
المنفعة منفعة كسكنى دار بسكنى دار فانها لا يجوز ثم ان كان العوض احد
النقدين فاشترط فيه بيان القدر ويقع ذلك على نقد البلد وان كانت
نقود البلد مختلفة يقع على الغالب منها وان كانت الغلبة مختلفة فالاجارة
فاسدة ما لم يبين نقدا منها فان بين جاز وان كان العوض كيليا او وزنيا
او عدديا متقاربا فاشترط فيه بيان القدر والصفة ومكان الايفاء
فيما يحتاج الى بيان مكان الايفاء وذلك اذا كان له حمل ومؤنة وان لم يكن
له حمل ومؤنة فلا يحتاج الى بيان مكان الايفاء هذا عند ابي ح وعند
صاحبيه بيان مكان الايفاء ليس بشرط مطلقا ولا يحتاج في الكيلي
والوزني والعددي الى بيان الاجل فان بين الاجل جاز ويثبت وان كان
العوض ثيابا او عروضا فاشترط فيه بيان القدر والاجل والصفة
لانها لا تثبت دينا في الذمة الا من جهة السلم فكان لثبوتها اصل واحد
وهو السلم فلا يجوز الا على شرائط السلم بخلاف الكيلي والوزني لان
لثبوتهما اصلين القرض والسلم والاجل في القرض ليس بشرط فان بين
جاز كما في السلم وان لم يبين جاز ايضا كما في القرض وان كان العوض
حيوانا يشترط ان يكون معينا وان كان منفعة يشترط ان يكون
خلاف الجنس حتى لا يجوز عند اتحاد الجنس كاجارة دار بدار للسكنى ودابة
بدابة للركوب هذا بيان معلومية العوض واما المنفعة فبيانها لبيان
الوقت اي الاجل وبيان العمل وبيان المكان كذا في البزازية وغاية البيان
وركنها الايجاب والقبول لكنها لا تنعقد بلفظ البيع والشراء حتى لو قال
بعت منك خدمة هذا العبد شهرا بكذا لم تصح اجارة وكذا لو قال اشتريت

خدمة عبدك هذا شهرا بكذا لم تصح اجارة وهل يكون باطلا او ينعقد اجارة
فاسدة ففيه اختلفت عباراتهم ففي المحيط لو قال بعت منك خدمة هذا
الغلام شهرا بكذا كان باطلا وعلله بان البيع وضع لتمليك الاعيان دون
المنافع وقال في البزازية لو قال اشتريت خدمة عبدك شهرا بكذا فاجارة
فاسدة بعت منك منافع هذه الدار شهرا بكذا ان الاجارة فاسدة لعدم
المنافع والمعدوم ليس بمحل للبيع وذكر شيخ الاسلام فيه خلافا بين المشايخ
وقال الحلواني اذا قال بعت نفسي منك شهرا بكذا فاجارة فاسدة وعن الكرخي
كذلك ثم رجع وقال ينعقد انتهى ما في البزازية وقال قبل هذا ان الاجارة
تنعقد بقوله اعرتك ووهبتك وما صلح ثمنا في البيع كالدراهم والدنانير
والفلوس النافقة والمكيل والموزون صلح اجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن
المنفعة فتعتبر بثمن المبيع وليس كل ما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة لان بعض ما
لا يصلح ثمنا كالاعيان التي هي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب
مثلا اذا كانت معينة صلح اجرة كما اذا استاجر دارا بثوب معين وان كان
لا يصلح ثمنا كذا قيل ونوقض ببيع المقايضة فالاولى ان تمثل بالمنفعة
فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنفعة كما ذكرناه ولا يصلح ثمنا اصلا
ان الثمن يجب ان يملك بنفس العقد والمنفعة معدومة وقت العقد فلا يملك
بنفس العقد واما الاجرة يجوز ان لا تكون مملوكة بنفس العقد بل بالتعجيل
او استيفاء المعقود عليه او التمكن منه على ما سيأتي فيجوز ان يكون المنفعة
اجرة ولهذا صلح ان يكون المنفعة مهرا في النكاح لانه ليس من شرط الامهار
ان يكون المسمى مملوكا بنفس العقد حتى لو سمى عبد الغير صح فكذا هذا وتفسد
الاجارة بالشروط الفاسدة اي التي لا يقتضيها العقد كما تفسد بها البيع
لانها بمنزلته ولهذا تفسد بجهالة احد البدلين وبجهالة المدة ايضا واذا فسدت
يجب اجر المثل بالغا ما بلغ او الاقل من اجر المثل والمسمى على ما اختلف فيه
وسيأتي بيانه في اول الاجارة الفاسدة ويثبت فيها خيار الشرط والرؤية
والعيب وتقال وتفسخ لانها بمنزلة البيع على ما تقدم فيجري فيها ما يجري في

البيع من الاحكام لان المنافع تتقوم بالعقد وتصير مالا فتعتبر الاجارة معاوضة
مالية اقتصر على الخيارات الثلث ويثبت فيها خيار ان لحزان كما قال في العمادية
اما الخيارات التي تثبت في العقود التي تحتمل الفسخ كالبيع والاجارة والقسمة
والصلح عن مال بمال انواع منها خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب
وخيار التعيين وخيار تفرق المعقود عليه بهلاك البعض قبل القبض والا
والاستحقاق ثم قال ومن استاجر دارا شهرا بكذا على انه بالخيار ثلثة ايام
جاز كما في البيع فلو فسخ في اليوم الثالث بحكم الخيار وهل يجب على المستاجر
اجر يومين افتى صاحب المحيط انه لا يجب لانه لا يمكن من الاستيفاء بحكم
الخيار لانه لو انتفع يبطل خياره وتفصيل هذا في الفصل الخامس والعشرين
من العمادية والمنفعة لما ذكر ان المنفعة لا بد وان يكون معلومة شرع في
بيان ما يعلم به المنفعة فقال تعرف تارة ببيان المدة شهرا او سنة او اكثر
لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوما ايضا اذا كانت
المنفعة لا تتفاوت بان سمى ما يزرع في الارض لان ما يزرع فيها متفاوت
فلا بد من التسمية به حتى لا يفضي الى المنازعة كالسكنى والزراعة اي كاستيجار
الدار للسكنى واستيجار الارض للزراعة سنة مثلا فيصح العقد مدة
معلومة اي مدة كانت اي طويلة كانت المدة او قصيرة اذا كانت بحيث
يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى تلك
المدة وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فتصح كالاجل في البيع
واما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها احد المتعاقدين فمنعه بعضهم لان الظاهر
في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظاهر مثل المتيقن في حق الاحكام
فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتابيد يبطلها لافضائه الى تمليك العين
وجوزه آخرون منهم الخصاف لان العبرة في هذا الباب لصيغة كلام
العاقدين وانه يقتضي التوقيت ولا معتبر بموت العاقدين او احدهما قبل
انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان غالبا ولم يعتبر
كما اذا تزوج امراة الى مائة سنة فانه متعة ولم يجعل بمنزلة التابيد

حتى يصح النكاح ويخرج عن المتعة وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبا وجعل
ذلك متعة اعتبارا للصيغة كذا في العناية والظاهر منه ان الاجارة الطويلة
في مدة طويلة يعيش اليها الانسان غالبا صحيحة بالاتفاق وانما الخلاف
فيما لا يعيش اليه الانسان غالبا والمذكور في فتاوى قاضيخان والخلاصة
والبزازية ان الاجارة الطويلة استخرجها الامام محمد بن الفضل البخاري فقبلها
البعض وردها البعض ولم يقيد وابما لا يعيش اليها الانسان حيث قالوا
ان الاجارة الطويلة على وجهين احدهما انه اذا اراد ان يواجر الكرم اجارة
طويلة او الارض وفيها زرع يبيع الاشجار والزرع باصولها من الذي يريد
الاستيجار بثمن معلوم ويسلم ثم يواجر منه الارض مدة معلومة ثلث سنين
او اكثر غير ثلثة ايام من اخر كل سنة او كل سنة اشهر من كل سنة بالمعلوم
على ان يكون اجر كل سنة من السنين سوى الايام المستثناة منها كذا من
ذلك الاجر وبقية الاجرة يكون بمقابلة السنة الاخيرة وان يكون لكل واحد
منهما ولاية فسخ الاجارة في ايام الخيار ثلثة ايام من اخر كل سنة والوجه الثاني
ان يدفع الاشجار والزرع الذي في الارض معاملة الى الذي يريد الاجارة
على ان يكون الخارج بينهما على مائة اسهم سهم منها للدافع والباقي للعامل
ثم يوكل العامل في صرف نصيبه من الخارج فيما احب ثم يواجر منه الارض
مدة معلومة على نحو ما قلنا من غير ان يكون لاحد العقدين شرطا في الاخر
وبعض مشايخ بخارى انكروا الوجه الاول وقالوا بيع الاشجار وبيع الزرع
ليس ببيع رغبة بل هو في معنى التلجية ولهذا لا يكون للمستاجر ان يقطع
الاشجار وعند فسخ الاجارة ينفسخ البيع من غير فسخ وبيع التلجية لا يزيل
المبيع من ملك البايع وان اتصل بالقبض وبقاء الاشجار والزرع على
ملك البايع يمنع الاجارة في الارض وبعضهم جوزوا طريق البيع ايضا
وقالوا ليس هذا بيع التلجية بل هو بيع رغبة لانهما لما قصدا تصحيح الاجارة
ولا صحة للاجارة مع بيع التلجية فقد قصدوا بيع الرغبة ويجوز ان يكون
الاشجار مملوكة للمشتري ولا يملك قطعها لتعلق حق الغير به كالراهن لا يملك

قطع اشجار الرهن وان كان يملكها لتعلق حق الغير به وقال بعضهم ان باع الاشجار
والزرع بثمن المثل او اكثر يكون رغبة والا فلا وهذا ليس بصحيح ايضا فان الانسان
قد يبيع ماله بثمن قليل عند مساس الحاجة وذكر الطحاوي اذا باع الاشجار
واجر الارض جاز بشرط ان يبيع الاشجار بطريقها الى الباب ان كان لها طريق
والا ينبغي ان يبين للاشجار طريقا معلوما في الارض حتى لو لم يبين لا يجوز
وقال ظهير الدين الاجارة بطريق بيع الاشجار باطلة كما ذهب اليه بعض المشايخ
ثم من جوز الاجارة الطويلة اختلفوا في انها عقد واحد او عقود متعددة
استدل من قال انها عقود متعددة بانها لو جعلت عقدا واحدا وفيها شرط
الخيار ثلثة ايام في كل سنة او في كل سنة اشهر تزيد مدة الخيار على
ثلثة ايام في عقد واحد وذلك فاسد في قول الصحيح واستدل من قال
بانها عقد واحد بانها لو جعلت عقودا متعددة لكانت الاجارة في السنة
الثانية والثالثة مضافة الى وقت في المستقبل وفي الاجارة المضافة
الاجر لا يملك بالتعجيل ولا باشتراط التعجيل هذا ما ذكروه وهل يجري الاجارة
الطويلة في الدار والارض الخالية عن الزرع والكرم وقد ذكرها الامام
السرخسي في المحيط حيث قال الاجارة الطويلة التي يفعلها الناس في بعض
البلاد وهي انهم يواجرون الارض او الدار ثلثين سنة متوالية غير ثلثة
ايام من اخر كل سنة على ان كل واحد منهما بالخيار في ثلثة ايام من اخر كل
سنة ويجوز لكل سنة من تسعة وعشرين سنة اجرا قليلا وبقية الاجر
للسنة الاخيرة ثم قال هذه الاجارة لا يجوز عند البعض لانها اجارة واحدة
يشترط فيها الخيار اكثر من ثلثة ايام وهذا يفسد الاجارة كما يفسد البيع و
الصحيح انها يجوز بالاجماع لان هذا ليس بشرط للخيار في الاجارة بل هذا
استثناء ثلثة ايام في اخر كل شهر من الاجارة على ان هذه الايام لم يدخل
في هذه الاجارة ولم يثبت حكم الاجارة في هذه الايام وهذا لا يفسد
الاجارة كما لو اجر هذه الدار عشر سنين الا السنة الثانية او الثالثة جاز
فكذا هذا انتهى وهذا يؤيد ما ذكره في العناية وهل تنعقد الاجارة بالتعاطي

مثل البيع ففي الخلاصة والبزازية لا تنعقد الاجارة الطويلة بالتعاطي وتنعقد
غيرها ثم ماذكر من الاجارة الطويلة يجري في الملك واما في الوقف فلا على
المختار واليه اشار بقوله وفي الوقف يتبع شرط الواقف فان شرط يعمل بشرطه
فان لم يشترط شيئا من المدة في الاجارة فالفتوى ان لا يزاد في الارضي
على ثلث سنين كيلا يدعي المستاجر الملك في الوقف ولانه مضر في الوقف
وفي غيرها اي غير الارضي من الدور والمنازل على سنة لما ذكرناه قد ذكرنا
في كتاب الوقف ما يتعلق باجارة الوقف ولنذكرهنا بعض ما بقي قال في
الخلاصة المتولي اذا اجر دار الوقف اكثر من سنة ان كان الواقف شرط ان
لا يواجر اكثر من سنة لا يجوز وان لم يشترط شيئا جاز مقدار سنة الى ثلث
سنين على اختيار الفقيه ابو الليث وقال الامام ابو حفص الكبير في الضياع
يجوز قدر ثلث سنين وفي غير الضياع لا يجوز اكثر من سنة وقال السغدي
لا ينبغي ان يفعل ذلك ولو فعل صحت الاجارة وفي البزازية اذا اراد ان يصح
بالاجماع يرفعه بعد الاجارة باكثر من ثلث سنين الى الحاكم فيحكم بجوازه على قول
الكل ان وجدت شرائط الحكم وقال في قاضيخان اذا اجر ارض اليتيم واستاجر
لليتيم ارضا بمال اليتيم اجارة طويلة رسمية ثلث سنين لا يجوز ذلك وكذلك
اب الصغير ومتولي الوقف لان الرسم في الاجارة الطويلة ان يجعل شيئا يسيرا
من مال الاجارة بمقابلة السنين الماضية ومعظم المال بمقابلة السنة الاخيرة
على ما عرفت انفا فان كانت الاجارة لارض اليتيم او الوقف لا تصح في السنين
الاولى لانها تكون باقل من اجر المثل وان استاجرها لليتيم او الوقف بما لها
في السنة الاخيرة يكون باكثر من اجر المثل فاذا فسدت الاجارة في البعض
فسدت في الكل على قول من يجعل الاجارة الطويلة عقدا واحدا سواء كان
خيرا لليتيم والوقف اولا وعلى قول من يجعلها عقودا متعددة تصح الاجارة
فيما كان خيرا لليتيم والوقف لا فيما كان شرا والظاهر الفساد في الكل ثم قال
وطريق تصحيح الاجارة الطويلة في ارض اليتيم والوقف ان يواجر بمال معلوم
ويجعل اجر السنين كلها مقدار اجر المثل ثم ان الوصي ومتولي الوقف يبرا المستاجر

عن

عن السنين الاولى فيصح ذلك على قول الجميع ومحمد وفي الخلاصة وان اتصل به حكم
حاكم يصير متفقا عليه وذكر في المحيط ان كتب الاجارة الطويلة على الوقف في
ثلث سنين باجر المثل وابراء الاجر المستاجر عن الاجر وحكم حاكم بجواز ذلك
يجوز لانه مجتهد فيه وكذا لو حط واعترض عليه بانه لا وجه لتصحيح هذا العقد
اي الاجارة الطويلة اصلا لانا لو جعلناه عقدا واحدا على ما اختاره البعض
يلزم ثبوت الخيار في العقد اكثر من ثلثة ايام لان فيها شرط الخيار ثلثة ايام
في اخر كل سنة او في اخر كل ستة اشهر على ما نقدم ولو جعلناه عقودا
متعددة على ما اختاره البعض يصير شارطا في كل عقد ثلثة ايام من اخر
كل سنة او ستة اشهر وعلى قول الجميع من اشترى شيئا على انه بالخيار ثلثة
ايام بعد شهر يكون له الخيار من اول شهر الى اخره على ما صرح به في قاضيخان
فيزيد الخيار على ثلثة ايام ايضا في كل عقد اجيب عنه بانه لا يثبت الخيار
في الايام الثلثة من اخر كل سنة او ستة اشهر بل يجعل ثلثة ايام من اخر كل
سنة مستثناة عن العقد ويكتب غير ثلثة ايام من كل سنة حتى لو كتب في
الصك على ان لكل منهما الخيار في الايام الثلثة من اخر كل سنة فسد العقد كذا في
قاضيخان وقد تقدم مثله في المحيط وبا في مسئلة اجارة الوقف ذكرناها
في كتاب الوقف وتارة تعلم بذكر العمل اي بتسميته في العقد فيصير المنفعة
معلومة بنفس العقد كصبغ الثوب وخياطته وحمل قدر معلوم على دابة مسافة
معلومة لانه اذا بين المصبوغ والصبغ وقدر ما يصبغ به وجنس الخياطة والمخيط
والقدر المحمول على الدابة والمسافة صارت المنفعة معلومة بلا شبهة وكذا
بيان من يركب على الدابة صارت المنفعة معلومة بلا شبهة فيصح العقد كذا في
الزيلعي ثم قال فيه ايضا ومن هذا النوع الاجارة على العمل كاستيجار القصار
ونحوه يعني ان الامثلة المذكورة في الكتاب واستيجار القصار ونحوه من
نوع واحد اعني ما يعرف المنفعة فيه بنفس العقد اي تسمية العمل فيه وان لم يبين
المدة واعلم ان صاحب الهداية والزيلعي والمصنف جعلوا استيجار الدابة للحمل او
للركوب من قبيل الاستيجار على العمل فيشترط فيه بيان العمل لا المدة لكنه قال في

غاية البيان نقلا عن التحفة الاجارة نوعان اجارة على المنافع واجارة على الاعمال فلكل
نوع شروط واحكام اما الاجارة على المنافع فكاجارة الدور والمنازل والحوانيت
والضياع وعبيد الخدمة والدواب للركوب والحمل والثياب والحلي للبس والاواني
والظروف للاستعمال فالعقد في ذلك كله جائز وشرط جوازه ان يكون
العين المستاجر معلوما والاجرة معلومة والمدة معلومة يوم او شهر او سنة لانه
عقد معاوضة كالبيع الا ان المعقود عليه هنا المنافع فلا بد من اعلامها بالمدة
والعين الذي عقد عليه الاجارة عليها فعه كما شرط في البيع اعلام المبيع والثمن
واما الاجارة على الاعمال فكاستيجار الاسكاف والقصار والصباغ وسائر
من يشترط عليه العمل في سائر الاعمال من نحو تحميل الاشياء من موضع
الى موضع اخر وهو نوعان استيجار الاجير المشترك والاجير الخاص الذي سمي
اجير الوحد ايضا فالاجير المشترك هو الذي يتقبل الاعمال من الناس كالصباغ
والقصار ونحوها واجير الوحد هو الذي يعمل للواحد مدة معلومة وتارة
بالاشارة كنقل هذا المتاع الى موضع كذا لانه اذا علم المتاع المنقول والمكان
المنقول اليه صارت المنفعة معلومة ايضا فيصح العقد واعلم ان المص ذكر ما
يعلم به المنفعة ولم يذكر ما يعلم به العوض اقتداء لصاحب الهداية والقدوري
وقد ذكرنا في اول الباب ما يرجع اليه ثم شرع في بيان ما يستحق به الاجرة
فقال والاجرة لا تستحق بالعقد سواء كانت عينا او نقدا او نفعا لانها
لا تملك بنفس العقد وما لا يملك لا يستحق ايفاؤه فان قيل ان الابراء عن
الاجرة والهبة من المستاجر والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق
ولولا ملكها لما صحت هذه التصرفات قلنا صحة الابراء عنها على قول ابي ح
وابي يوسف رح لعدم وجوبها في الحال وجوزه محمد لكون العقد سببا في وجوب
الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة
لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقها وصح الابراء
عنها لوجوده بعد السبب كالابراء عن القصاص بعد وجود سببه وهو
الجرح والرهن والكفالة انما جاز للوثيقة فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب

ومن

ومن هنا ظهر ضعف ما ذكره صاحب النهاية حيث قال معنى قول صاحب الهداية الاجرة
لا تجب بالعقد ولا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد ووجه الضعف ان نفي
وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك فان المبيع يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب
تسليمه ما لم يقبض الثمن بل بالتعجيل او بشرطه اي بشرط التعجيل وهذا في الاجارة
المطلقة لا في المضافة الى وقت مستقبل لا يستحق بالتعجيل ولا بشرط التعجيل
على ما صرح به في فصل الاجارة الطويلة من قاضيخان وقد ذكرناه من قبل
اعلم ان الاجارة اما معجلة او مشروط معجلة او مؤجلة او منجمة او مسكوت عنها
فان كانت معجلة بالفعل فان لم ينتقض الاجارة فيها وان انتقضت كان له بحساب
ما استوفى من المنفعة ويرد الباقي على المستاجر وان كانت مشروطة
تعجيلها له ان يطالبه بها وان كانت مؤجلة ليس له ان يطالبه ما لم يمض
الاجل وان كانت منجمة فاذا مضى نجم يجب عليه نجم واحد وان كانت مسكوتا عنها
فعند ابي ح اولا لا يطالبه ما لم يستوف المنفعة كلها وفي قوله الاخر
وهو قولهما يطالبه عند مضي كل يوم هكذا في الخلاصة والبزازية فعلى هذا
معنى قول المص يستحق الاجرة بالتعجيل او بشرطه او بالاستيفاء انه يستحق قبضها
وتصرفها بالتعجيل وطلبها بالفعل بشرط التعجيل وبعد مضي الاجل والنجم
بشرط التاجيل والتنجيم او طلبها بعد استيفاء المنفعة او التمكين من الاستيفاء
ففي كلامه نظر وتامل فان قيل اشتراط التعجيل شرط يخالف مقتضى العقد
وفيه نفع لاحد العاقدين فيكون فاسدا فيفسد العقد به قلنا انما يخالفه
لمقتضى العقد من حيث كونه اجارة وجواز اشتراط التعجيل ليس باعتبار كونه
اجارة بل باعتبار كونه عقد معاوضة وباعتباره لا يخالف مقتضاه فان
تعجيل البدل او اشتراط تعجيله لا يخالفه من حيث المعاوضة وكذا اشتراط التاجيل
والتنجيم او باستيفاء المعقود عليه وهي المنفعة او التمكن منه اي من استيفائه
بتسليم العين المستاجرة في المدة بلا مانع من الاستيفاء هذا في الاجارة
الصحيحة لا في الفاسدة لان الاجرة في الفاسدة لا تجب بالتمكن منه ولا
بالتعجيل او شرطه بل انما يجب بحقيقة الاستيفاء اذا وجد التسليم اليه من جهة

الاجارة وان كان التسليم الباطل من جهة الاجارة لا يجب الاجرة ايضا وان وجد
حقيقة الاستيفاء واذا كان عجل الاجرة في الاجارة الفاسدة فللمستاجر
الحبس لاستيفاء ما عجله من الاجرة واذا مات الموجر فالمستاجر احق باجرته
كذا في مسائل الشيوع من اجارات البزازية وهذا عندنا وقال الشافعي
يستحق بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم العين المستاجرة بدون شيء من
المعاني الاربعة المذكورة لانها عقد معاوضة يثبت الملك في البدلين بنفس
العقد بناء على ان المنفعة المعدومة جعلت موجودة حكما عنده لان من شرط
جواز العقد كون المعقود عليه موجودا مقدور التسليم ولو حكما والشارع
جعل المعدوم حقيقة موجودا حكما كما جعل النطفة في الرحم كالحي حكما في حق
بعض الاحكام من الوصية والارث ويدل على انه كالموجود جواز الاستيجار
بالدين فلو كان معدوما لما جاز لانه يصير دينا بدين وهو حرام شرعا قلنا
ان هذا عقد معاوضة فيقتضي المساوات بينهما وذلك بتقابل البدلين في
الملك والتسليم واحد البدلين وهو المنفعة لم يصر مملوكة بنفس العقد لاستحالة
ثبوت الملك في المعدوم فكذا في البدل الاخر ولو ملك الاجرة لملكها بغير
بدل وهو ليس من قضية المعاوضة فتاخر الملك فيه ضرورة تحقق المساوات
بينهما واذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجرة ايضا تحقيقا للمساوات
وان عجلها او شرط تعجيلها فقد التزم بنفسه وابطل المساوات التي اقتضاها
العقد فيصح تعجيلا فالاجارة المضافة الى زمان مستقبل بشرط تعجيل الاجرة
فان الشرط فيه باطل ولا يلزمه في الحال شيء لان امتناع وجوب الاجرة
فيه ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة الى وقت مستقبل والمضاف
الى وقت لا يكون موجودا قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط و
فيما نحن فيه انما يجب الاجر لاقتضاء العقد المساوات وليس بمضاف صريحا
فيبطل ذلك المعنى بالتصريح على خلافه نظيره ان الثمن في البيع يجب في الحال
بنفس العقد ولا يجب تسليم المبيع في الحال لانه تاخر عنه بالعقد صريحا وجواز
العقد ليس باعتبار ان المعدوم جعل موجودا كما زعمه الشافعي لان الموجود

من المنفعة لا يقبل العقد لعدم القدرة على تسليمها لانها عرض لا يبقى زمانين حتى
يقدر على تسليمه فلا يكون محلا للعقد بل باعتبار اقامة العين المستاجرة مقام
المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول وفي حق وجوب التسليم اذ ما يمكن
تسليمه هو العين الباقية لا العرض الغير الباقية فانعقد العقد في حق العين
في الحال حتى وجب تسليمها في الحال وانعقد في حق المنفعة مضافا الى
مستقبل اعني وقت حدوثها لان الفقهاء يتصور العقد على المنفعة على حسب
وجودها شيئا فشيئا وهذا معنى قولهم ان عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة
يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع وانما جاز الاستيجار بالدين
لان العقد لم ينعقد في حق المنفعة فلم تصر المنفعة دينا في ذمته فلا يجب
بدلها ايضا عند انعقاد العقد بها وهو زمان حدوثها لتصير هي مقبوضة
فلا يكون دينا بدين اصلا ولو كان العقد منعقدا في حق المنفعة لما جازت
الاجارة بالدين المؤجل اصلا كما لا يجوز السلم به فيجب تفريع على قوله او التمكن
منه اي يجب الاجرة على المستاجر لو قبض الدار المستاجرة في مدة الاجارة
اذ لو قبضها بعد مدة الاجارة لا يجب الاجرة ولم يسكنها حتى مضت المدة اي
مدة الاجارة اذ لا مانع من جهة الموجر والتفريط من جهة المستاجر لان
الواجب على الموجر تسليم العين المستاجرة لا تسليم المنفعة لانه غير متصور
لعدم وجودها وعدم بقائها بعد ما وجد فاذا وجد تسليم العين في المدة
في المكان الذي وجد العقد فيه فارغة عن متاعه ولم يكن ثمه مانع من الموجر
او من العين من علة او مرض بها او من اجنبي وجد تمام القبض فيجب الاجر وهو
المدار والحاصل ان ههنا قيودا اربعة لوجوب الاجرة الاول التمكن من الاستيفا
بان يسلمها فارغة عن متاعه خالية عن الموانع حتى لو لم يتمكن منه لا يجب
الاجرة الثاني ان يكون التمكن من الاستيفاء في المدة حتى لو تمكن في غير
المدة لا يجب الاجر ايضا الثالث ان يكون الاجارة صحيحة حتى لو كانت فاسدة
لا يجب الاجرة بالتمكن من الاستيفاء في المدة وقد ذكرناه من قبل الرابع
التمكن من الاستيفاء في المدة في الموضع الذي وجد فيه العقد حتى لو استاجر

دابة للركوب فحبسها المستاجر في منزله ولم يركبها حتى مضت مدة الاجارة
فان استاجرها للركوب خارج المصر لا يجب لعدم تمكنه من الاستيفاء في المكان
الذي اضيف اليه العقد فان ذهب بالدابة الى ذلك المكان في اليوم ولم يركب
يجب الاجر وان ذهب بها خارج المصر بعد مضي المدة ولم يركب لا يجب الاجر
وان استاجر ثوبا ليلبسه كل يوم بدانق فوضعه في بيته ولم يلبسه ففي
سنون كان عليه لكل يوم دانق في الوقت الذي يعلم انه لو لبسه لا يتخرق
فاذا مضى وقت يعلم انه لو لبسه يتخرق سقط عنه الاجر لانه بعد ما مضى
ذلك الزمان لا يمكن جعل الثوب منتفعا به تقديرا فسقط عنه الاجر كامراة
اذا اخذت الكسوة من الزوج ولم تلبس ولبست ثوب نفسها اذا مضى وقت
لو لبسته لبسا معتادا يتخرق كان لها ولاية المطالبة بكسوة اخرى والا
فلا كذا في الخلاصة وقاضيخان وهل يلزم تسليم المستاجر الى الموجر
بعد تمام المدة قالوا يجب تسليمه في مكان الاجارة وهل يلزم الاجر بتسليم
المفتاح الى المستاجر ففي قاضيخان رجل آجر داره ودفع المفتاح الى المستاجر
وقال خذ فاخذه ثم جاء المستاجر بعد ما مضت مدة الاجارة وقال
لم اقدر على فتح الدار ولم اسكن وقال رب الدار بل قدرت وسكنت قالوا
ان كان دفع اليه مفتاحا لذلك المغلق كان القول قول صاحب الدار فله
اجر داره وان لم يكن مفتاحا لذلك الغلق كان القول قول المستاجر ولا اجر
عليه وان كان المفتاح مفتاح ذلك الغلق فضل المفتاح اياما ثم وجده
كان عليه اجر ما مضى لانه صح تسليم الدار اليه وان لم يسكن الدار لتقصير
كان من قبله انتهى وهكذا ذكره في البزازية ايضا وذكر فيها ايضا قبل
هذه المسئلة ان قال له المالك دونك المنزل فاسكنه الا انه لم يفتح الباب
وقال المستاجر بعد المدة لم اسكنه ان قدر على الفتح بلا مؤنة يلزمه الاجر
والا فلا وكسر الغلق ليس بشيء حتى لا يكون للآجر ان يحتج ويقول هلا كسرت الغلق
ودخلت المنزل وكذا يلزم الاجر اذا اجر دارا وسلمها فارغة الا بيتا كان
مشغولا بمتاع المالك او سلم كل الدار ثم نزع شيئا منها من يده لكنه رفع الاجر بحصته

وقال في القنية تسليم المفتاح في المصر مع التخلية بينه وبين الدار تسليم للدار حتى
يجب الاجرة بمضي المدة وان لم يسكن وتسليم المفتاح في السواد ليس بتسليم للدار
وان حضر المصر والمفتاح في يده انتهى وقال في البزازية استاجر دوابا الى
سمرقند من خوارزم يكفي لوجوب الاجرة تسليم الدواب ولا يؤمر رب الدابة بارسال
الغلام معها وذكر محمد انه يؤمر بارسال الغلام معها وذكر شيخ الاسلام انه يخير ولا يجبر
وتسقط اي الاجرة بالغصب بقدر فوت التمكن حتى لو غصب في جميع المدة
سقط تمام الاجرة ولو غصب في بعضها تسقط بحسابها لزوال التمكن من الانتفاع
وهل تنفسخ الاجارة بالغصب في الباقي ام لا قال صاحب النهاية انها تنفسخ
وقال القاضي فخر الدين والفضلي انها لا تنفسخ كذا في الزيلعي وقال في القنية
الغاصب اذا ابعد المستاجر عن الدار في المدة او في بعضها لا يسقط الاجر ولو
دارا فنزلها غاصب مدة سقط حصتها ان لم يمكن اخراجه الا بانفاق مال وان امكن
بالشفاعة او الحماية لا يسقط فظهر منه ان بمجرد تبعيد الغاصب المستاجر لا يتحقق
الغصب ما لم يسكن هو بنفسه قال في مسائل الشيوع من اجارة البزازية
الوكيل بالاستيجار استاجر الدار للموكل وتسلم ولم يسلمها الى الموكل وسكنها
بنفسه قال ابو يوسف لا اجر عليه وقال محمد على الموكل لان قبض الوكيل كقبضه
فوقع قبض الوكيل اولا للموكل وصار الوكيل بالسكنى غاصبا فلا يجب عليه وفيه
نظر لان الدار اذا غصب من المستاجر يسقط عنه الاجر انتهى كلام البزازية كانه
يريد ترجيح قول ابي يوسف اعني لا اجر على الموكل بل على الوكيل وهل يرجع الوكيل
على الموكل بعد الاداء ام لا يرجع ذكر في فصل التوكيل بالاجارة من البزازية
انه لا يرجع على الموكل بالاجرة على الصحيح استحسانا لان الوكيل بالحبس صار
غاصبا الدار من الموكل والغصب من غير المالك منصور فصار كغصب الاجنبي
وقيل انه يرجع على الموكل وبه جزم في المحيط السرخسي نقلا عن الجامع حيث قال
فيه الوكيل بالاستيجار استاجر الدار وقبض ومنع الآمر حتى انقضت المدة
فالاجر على الوكيل ويرجع به على الموكل كما في الشراء لان الوكيل بالاستيجار
كالوكيل بالشراء يثبت حقوق العقد له ويجب عليه ولا يكون المنفعة بالقبض

والمنع مضمونة عليه لان اتلافها وقبضها لا يتصور والوكيل بالشراء لو حبس المبيع
من موكله وليس له حق الحبس بان كان اشتراه بثمن مؤجل وهلك في يده
كان الثمن على الوكيل لانه نائب عنه في القبض فلا يسقط الاجر من الموكل متى
تلفت المنافع في يد الوكيل بعد ما حبس عن الموكل لان هلاك المعقود عليه
بعد قبض الامر فالامر لا يسقط عنه البدل ولهذا لو انهدم شيء من الدار بسكنى
الوكيل لا يضمن لانه لا يمكن ان يجعل الوكيل بالسكنى غاصبا للدار من صاحب الدار
وله حق القبض ولا يمنع الامر من الانتفاع كما لو منع المالك عن ماله حتى ضاع
لا يصير غاصبا وان استاجر الوكيل بشرط تعجيل الاجرة لزم المستاجر
ولم يرجع على الامر لان له حق المنع والحبس بالاجرة اذا كانت الاجرة معجلة في
العقد انتهى كلام المحيط وهكذا ذكره في اواخر فصل الاجارة الطويلة من
قاضيخان وقال في القنية الاجر اذا منع المستاجر عن سكنى الدار التي اجرها بعد
التسليم لا يسقط الاجر اذا كان المستاجر باطل الاجر في اوان الغلة فاخذ
الاجر المفتاح ليدفع الغلة فبقي مغلقا شهرا لا يسقط حصته لانه كان متمكنا
من الانتفاع بواسطة اداء الغلة وكذا اذا استاجر مشط الحائك يعمل في
حانكة الوقف فاخذ المتولي دهنا لاستيفاء الغلة شهرا لا يسقط حصة الاجر
منه لما مر اجر داره وسلمها ثم وقعت فتنة فشغل بيتا منها بامتعة سقط حصته
من الاجر لفقد تسليم المنفعة ثم قال فيها دامرا الى مح استاجر رحى مع الدار للطحن
فمنعه الجيران بفتوى الائمة او بالقضاء لا يسقط عنه الاجر ما لم يمنع حسا اسد ادا
فود الحمام فلا ينتفع به وهي في يد المستاجر سقط اجرة هذه المدة ولا تبقى
الاجارة اذا لم ينتفع بها انتفاع الحمام وقيل يجب الاجر بقدر ما ينتفع بها او ربط
الدواب انتهى وقال في الثالث من اجارات البزازية استاجر منزلا مقفلا
فاعطى المفتاح للمستاجر وقال افتحه فاعطى شيئا للحداد وفتحه لا يرجع به على
الموجر ويلزمه الاجرة وان انكسر القفل بعلاج الحداد ضمنه الحداد الا ان
يكون علاجا خفيفا لا ينكسر به القفل عادة وان انكسر بعلاج المستاجر لا يضمن
ان كان يعالج بمثله عادة ولرب الدار والارض طلب الاجرة لكل يوم لانه استوفى

منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق بالعقد فح ليس له المطالبة قبل ذلك
الوقت لانه بمنزلة شرط التاجيل والتاجيل يسقط استحقاق المطالبة قبله فكذا
ما هو بمنزلته ولرب الدابة لكل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود كسكنى يوم وكان
ابوح يقول اولا لا يجب الاجر في الكل حتى يستوفي جميع المنفعة بانقضاء المدة
وانتهاء السفر وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع
الاجر على اجزاء تلك الجملة كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن
وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق
شيئا من الاجرة ما لم يتم العمل عليها سيما حتى ثم رجع عنه وقال له طلب الاجرة لكل
يوم ولكل مرحلة لان القياس اقتضى استحقاق الاجر ساعة فساعة تحقيقا
للمساواة بين البدلين على ما مر الا ان المطالبة في كل ساعة يفضي الى ان لا يتفرغ
لغيرها فيتضرر به بل يفضي الى عدمها فان المستاجر لم يتمكن من الانتفاع بامر
من جهة الموجر فيمتنع الانتفاع من جهته فيمتنع المطالبة ايضا وما يفضي وجوده
الى عدمه فهو منتف فالمطالبة في كل ساعة منتف فقدرناها باليوم والمرحلة
لتسهيل وللقصار وللخياط بعد الفراغ من عمله وان وصلية عمل في بيت
المستاجر لان المعقود عليه هو العمل في كل الثوب والعمل في بعضه غير
منتفع به وغير المنتفع به لا يستوجب به الاجر ولو كان ثوبين ففرغ من احدهما
جاز ان يطلب اجرته لانه منتفع به كذا في العناية واعلم ان ما ذكره المص في
هذه المسئلة هو مختار صاحب الهداية وقال في النهاية هذا وقع مخالفا
لعامة روايات الكتب من مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح
الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية وذكر عن
كل واحد من هذه الكتب نقلا يدل على ان من استاجر خياطا يخيط له في بيت
المستاجر فله الاجر بقدر ما خاط لوجود التسليم الى صاحبه لكونه في بيته
ونقل عن الذخيرة يجب على الموجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة
اذا كان له حصة معلومة من الاجر كما في الحمال وباني الدار ثم قال ولكن نقل
من المجتبى ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكره صاحب الهداية فيحتمل ان صاحب الهداية

اتبع صاحب التجريد في هذا الحكم وقال في العناية ان كلام صاحب الذخيرة على ما نقله
في النهاية يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة
وذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء من الكم و الكرباس حصة معلومة وح يكون كل جزء
بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة فيستوجب اجره كما في كل الثوب وللخباز
بعد اخراج الخبز من التنور لانه قد فرغ فيملك المطالبة بالاجر لكن هذا اذا كان
في بيت المستاجر على ما سياتي التقييد به فان احترق قبل الاخراج سقط الاجر
لهلاكه قبل التسليم الى صاحبه ولانه قبل الاخراج لا قيمة له وكذا لو سقط من يده
قبل الاخراج فاحترق لا يستحق الاجر لما ذكر بخلاف ما اذا خاط الثوب في منزل
صاحب الثوب حيث يستحق الاجرة بخياطة بعضه وان هلك قبل التسليم لان
ذلك القدر له قيمة وينتفع به فيستحق الاجرة بحسابه كذا في الزيلعي وان بعده
اي ان هلك بعد الاخراج فلا يسقط الاجر لانه هلك بعد التسليم لان بمجرد
الاخراج يوجد التسليم لكونه في منزل صاحبه ان كان في بيت المستاجر هذا
قيد لكل من قوله وللخباز بعد اخراج الخبز وقوله وان بعده فلا وان كان في
بيت الخباز ليس له المطالبة بعد الاخراج ما لم يسلم الى صاحبه ويسقط الاجر
بعد الاخراج ايضا ولا ضمان لانه هلك بعد التسليم لكونه مسلما اليه بالاخراج لانه
امين لا ضمان على الامين بخلاف ما لو احترق قبل الاخراج فانه يضمن لانه جنى
بعده كذا في الزيلعي وقالا انه يضمن لان العين مضمون عليه كالمغصوب على
الغاصب ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم والوضع في بيته ليس كذلك ثم اذا وجب
الضمان ان شاء المستاجر ضمنه مثل دقيقه ولا اجر وان شاء ضمنه الخبز وله
اي للخباز الاجر قال صاحب النهاية هذا الذي ذكر من الاختلاف اختيار القدوري
واما عند غيره فهو جرى على عمومه بانه لا ضمان بالاتفاق اما عنده فلانه
لم يهلك من عمله واما على قولهما فلانه هلك بعد التسليم ولكن هذا انما يتم اذا كان
الوضع في بيته تسليما وهل يجب عليه ضمان الحطب والملح ففي الزيلعي انه لا يجب
لانه صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وللطباخ للوليمة بعد الغرف بفتح
الغين المعجمة مصدر غرف اي اخراجه الى القصاع لانه من تمام عمله عرفا وان استاجر

في طبخ قدر مخصوص فليس عليه الغرف اي تفريغه الى القصاع ولضارب اللبن بعد
اقامته عند ابي ح فان افسده المطر قبل ذلك او انكسر فلا اجر له لانه لا يصير
مسلما ما لم يصر لبنا وما دام على الارض لا يصير لبنا وقالا يستحق الاجر بعد
تشريجه بالجيم اي تنضيده بضم بعضه الى بعض لان التشريج من تمام عمله عرفا
فصار كالمشروط نصا فلو افسده المطر بعد اقامته قبل التشريج لا اجر له عندهما
هذا فيما اذا لبن في ارض المستاجر لانه يصير مسلما اليه بالاقامة او التشريج
على الخلاف الاصلين وان لبن الاجير في ارض نفسه لا يستحق الاجر حتى
يسلمه بالعد بعد الاقامة او التشريج ومن لعمله اثر في العين كصباغ وقصار
يقصر بالنشا والبيض فله حبسها اي العين للاجر لان المعقود عليه وصف
في المحل فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع للثمن الا اذا كانت الاجرة
مؤجلة ثم ليس له حبسها قال في الخلاصة في كسر الحطب وحلق شعر العبد
حق الحبس وللنساج حق الحبس وكذا كل من صار العين بعمله شيئا آخر بحيث
لو فعله الغاصب زال ملك المالك واما القصار ان كان يقصر بالنشاستج او
ببياض البيض فله الحبس اما اذا كان يبيض الثوب لا غير فقد اختلف المشايخ
فيه والاصح ان له حق الحبس على كل حال لان البياض كان مستترا وقد ظهر
بفعله بعد ان كان هالكا بالاستتار فصار كانه احدثه فيه بالاظهار كذا في
الزيلعي نقلا عن النهاية وقال في الخلاصة وهذا كله اذا عمله في دكانه اما
اذا عمله في بيت المستاجر فليس له حق الحبس فان حبسها فضاعت فلا ضمان
عليه عند ابي ح لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له
لان المعقود عليه هلك قبل التسليم وذلك يوجب سقوط البدل كالمبيع اذا
هلك قبل التسليم الى المشتري يسقط الثمن من المشتري وقالا ان شاء المالك
ضمنه مصنوعا وله الاجر او غير مصنوع ولا اجر لان العمل لم يصر مسلما اليه
وسياتي تفصيله في ضمان الاجير ومن لا اثر لعمله فيها اي في العين
كالحمال بالحاء او الجيم والملاح وغاسل الثوب ليس له حبسها لان المعقود عليه
نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس

وقال زفر ليس له ان يحبس العين فيما لعمله اثر ايضا واستدل عليه بان المعقود عليه
صار مسلما الى صاحبه باتصاله بملكه فسقط حق الحبس لان الاتصال بملكه صار
باذنه فصار كما لو قبضه بيده قلنا اتصال العمل بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن
راضيا بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل رضاه في تحقيق عمل الصبغ ونحوه
من الاثر في المحل اذ لا وجود للعمل الا به فكان مضطرا اليه والرضا لا يثبت
مع الاضطرار كصاحب العلو اذا بنى السفل لا يكون متبرعا راضيا به لانه
مضطر اليه بخلاف رد الآبق حيث كان للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر
لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس واذا
اطلق العمل للصانع وذلك بان لم يقيد بعمله بنفسه فله اي للصانع ان يستعمل غيره
لان المستحق هو العمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره
بمنزلة ايفاء الدين فله ان يستاجر غيره او يستعمله بعضه وان قيد بعمله بنفسه
فلا اي ليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل معين فيستحق
عينه كالمنفعة في محل بعينه كمن استاجر دابة بعينها للحمل فانه ليس للموجر ان يسلم
غيرها كذا قالوا واستشكل بعض مشايخنا بانه لو خالف الى خير بان استعمل
من هو اصنع منه في ذلك الصنع او سلم دابة اقوى من ذلك كان ينبغي ان يجوز
قال في البزازية ولو قال للخياط استاجرتك لتخيط فخاط غلامه استحق الاجر
وان قال بيد نفسك لا يستحق انتهى فقد جعل الاول من قبيل الاطلاق والثاني
من قبيل التقييد وقال فيها ايضا لو قال استاجرتك لترضع فارضعت جاريتها
استحقت الاجر وان شرط ارضاع نفسها قيل استحقت الاجر وقيل لا والاول
الاستحقاق فعلى هذا يكون استيجار الغير مستثناة من مسئلة المتن
ومن استاجر رجلا ليجئ بعياله من بصرة مثلا الى البغدادية فوجد بعضهم
قد مات فاتى بمن بقي فله اجره بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق
العوض بقدره قال في المحيط وقاضيخان هذا اذا كان عياله معلومين حتى
يكون الاجر مقابلا بجملتهم فيستحق القدر المستوفى منه تلك الجملة الاجر
واما اذا كان عياله غير معلومين فهل تصح هذه الاجارة ام لا تصح والذي

صرح في الخلاصة والبزازية انها فاسدة حيث قالا وان لم يكونوا معلومين فالاجارة
فاسدة ثم يلزم اجر المثل بقدر عمله والذي ظهر من الزيلعي انها صحيحة حيث قال
نقلا عن ابي جعفر الهندواني هذا اذا كان عياله معلومين فان كانوا غير معلومين
يجب الاجر كله انتهى فانها لو كانت فاسدة لما وجب الاجر المسمى كله لان اللازم
في الاجارة الفاسدة هو اجر المثل وفي قاضيخان اهل بلدة تغلب عليهم
المؤنات فاستاجروا رجلا باجر معلوم ليذهب الى السلطان ويرفع القصة
اليه ليخفف عليهم السلطان نوع تخفيف ولخذ الاجر من عامة اهل البلد من
الاغنياء والفقراء قالوا ان كان بحال لو ذهب الى بلد السلطان يتهيأ له اصلاح
الامر في يوم او يومين جازت الاجارة وان بحال لا يحصل المقصود في
يوم او يومين وانما يحصل في مدة فان وقتوا للاجارة وقتا جازت
الاجارة وله كل المسمى وان لم يوقتوا فسدت الاجارة وكان له اجر المثل على اهل
البلد وعلى قدر مؤنتهم ومنافعهم وان استوجر لايصال الطعام الى زيد بالبصرة
مثلا فوجده ميتا فرده اي الطعام فلا اجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه
وهو حمل الطعام الى زيد بالرد الى صاحبه فصار كانه لم يفعل فلا اجر كالخياط
اذا خاط ثوبا ثم فتقه وقال زفر له الاجر لانه لما حمل الطعام الى البصرة انتهت
اجارته فوجب الاجر ثم صار في الرد الى صاحبه غاصبا فلا يسقط حقه
به في الاجر المستحق كمن باع طعاما وسلم الى المشتري ثم استرده منه يجب
الثمن على المشتري والبايع غاصب للطعام فيجب عليه بجهة حمل الطعام الى
البصرة لان المعقود عليه هو الحمل الى زيد بالبصرة ولم يوجد هذا وانما الموجود
منه هو الحمل الى البصرة وليس بمعقود عليه فلا يجب الاجر وكذا لو استوجر
لايصال كتاب اليه اي الى زيد في البصرة فرده اي الكتاب الى صاحبه
لموته اي لموت زيد وقال محمد له اجر ذهابه هنا اي في مسئلة ايصال الكتاب
الى زيد والفرق له بين هذه المسئلة وبين مسئلة ايصال الطعام ان المعقود عليه
في هذه المسئلة هو قطع المسافة لان حمل الكتاب لا يصلح اجراه اذ ليس له
حمل ومؤنة فلا يصلح معقودا عليه بخلاف قطع المسافة فان لها حملا ومؤنة

فيستحق الاجر في مقابلها وقطع المسافة قد وجد في الذهاب فيستحق الاجر في
مقابلته بخلاف مسئلة ايصال الطعام فان المعقود عليه في هذه المسئلة هو
حمل الطعام الى زيد لان له حملا ومؤنة فيصلح معقودا عليه ولم يوجد ذلك فلا يستحق
الاجر وقالا ان المعقود عليه في مسئلة ايصال الكتاب هو نقل الكتاب الى
زيد وقد نقضه برده الى صاحبه فيسقط الاجر كما في مسئلة ايصال الطعام
الى زيد ولو تركه اى الكتاب هناك اى في البصرة ليصل الى زيد او الى ورثته
فله اجر الذهاب اجماعا لانه اتى بما في وسعه فله نصف المسمى وقال في رابع
اجارات البزازية في تفصيل هذه المسئلة ان دفع الكتاب الى ورثة فلان يجب
اجر الذهاب بالاجماع وان وجد فلانا غائبا وترك الكتاب هناك قال مشايخنا
انه ايضا على الخلاف وبعضهم انه يجب اجر الذهاب ايضا اجماعا هذا اذا شرط
عليه المجئ بالجواب اما بلا شرطه فان ترك الكتاب ثمه حتى يعطى له ان حضر اذا
كان غائبا او الى ورثته ان كان ميتا يستحق الاجر وكذا لو وجده ودفع الكتاب
ولم يقرأ وعاد بلا جواب يجب الاجر كملا لانه اتى بما في وسعه ولم يجده او
وجده وعاد بالكتاب فلا اجر له وقال محمد له اجر الذهاب ولو نسى الكتاب
ثمه لا يستحق اجر الذهاب اجماعا انتهى وقال في قاضيخان ولو ترك الكتاب ثمه
او مزقه ولم يرد كان له اجر الذهاب في قولهم وقيل اذا مزقه ينبغى ان لا يجب
الاجر لانه اذا ترك الكتاب ثمه ينتفع بالكتاب وارث المكتوب اليه فيحصل الغرض
بخلاف ما اذا مزقه ولو استاجر رجلا ليذهب الى موضع كذا ويدعو فلانا
اليه باجر مسمى فذهب الى ذلك الموضع فلم يجد فلانا قالوا له الاجر ولو استاجره
ليذهب الى موضع كذا ويؤدى رسالته الى فلان فذهب ولم يجد فلانا في
ذلك الموضع وعاد كان له الاجر مقابل الذهاب لا بتبليغ الرسالة انتهى
يعنى انه اتى بما في وسعه وهو الذهاب اليه وقطع المسافة فيستحق الاجر
في مقابلته واما تبليغ الرسالة اليه والاسماع فليس في وسعه فلا يقابله
الاجر فان قيل ما الفرق بين مسئلة الرسالة هذه وبين المسئلة السابقة
اعنى مسئلة ايصال الكتاب بحيث قالا في مسئلة ايصال الكتاب انه لو عاد

بكتاب

بكتاب لا اجر له وفي هذه المسئلة لو عاد له اجر الذهاب كما قال محمد كذلك
في مسئلة ايصال الكتاب قلنا الفرق لهما ان الكتاب يكون سرا مختوما غالبا
فيمكنه الترك لعدم اطلاع الغير عليه لعدم حل فك ختم غيره بخلاف الرسالة
فانها سر لا يودع عند الغير فامتنع ابلاغ الغير وقال الامام الحلوانى لا فرق بين
الكتاب والرسالة قال في فتاوى قاضيخان من فصل ما يجب على المستاجر
وما يجب استاجر ليذهب بها الى موضع كذا ويحمل عليها كذا ويجئ بها فذهب
بالسفينة ولم يجد ذلك الشئ قال محمد يلزمه كراء السفينة في الذهاب
فارغة اقل كراء ولو قال اكريتها منك على ان يحمل الطعام من موضع كذا الى هنا
فلم يجد الطعام فليس عليه شئ من الكراء لان في المسئلة الاولى اكترى السفينة
للذهاب والحمل والرجوع فيلزمه حصة الذهاب وفي المسئلة الثانية
وقع الاستيجار على حمل الطعام من موضع كذا الى هنا فاذا لم يحمل لا يلزمه شئ
ولو استكرى دابة ليحمل من هنا حمولة فجاء المكارى وقال ذهبت فلم اجد الحمل
قالوا ان صدقه المستكرى في ذلك كان عليه اجر الذهاب خاليا عن الحمل
استاجر دابة في المصر ليحمل عليها الدقيق من طاحونة كذا والحنطة من قرية كذا
فذهب فلم تكن الحنطة ولم يجد في القرية حنطة فرجع الى المصر قال محمد بن
الفضل ينظر في لفظة الاستيجار ان كان المستاجر قال استاجرت هذه
الدابة من هذه البلدة حتى احمل الدقيق من طاحونة كذا يجب نصف الكراء لان
الاجارة وقعت صحيحة من البلدة الى الطاحونة من غير حمل شئ فيجب نصف
الاجر للذهاب ثم الاجارة من الطاحونة الى البلدة انما كان لحمل الدقيق ولم يوجد
فلم يجب للرجوع شئ واما اذا قال المستاجر استاجرت منك هذه الدابة بدراهم
حتى احمل الدقيق من الطاحونة فلم يجد الدقيق هناك لا يجب شئ لان هناك
الاجارة وقعت على حمل الدقيق من الطاحونة فلا يجب الاجر اذا لم يحمل الدقيق
انتهى وقد ذكر فيه ايضا قبل هذه المسئلة رجل اكترى من رجل سفينة ليحمل
فيها الطعام الى موضع كذا فلما بلغت السفينة الى ذلك الموضع ردها الريح الى
المكان الذى اكتراها فان لم يكن الذى اكترى السفينة مع الملاح ليس على المكترى

كراء وان كان معه فعليه الكراء لان العمل صار مسلما الى المكترى كالخياط اذا خاط
الثوب في دار صاحب الثوب استاجر بغلا للركوب الى موضع كذا فجح في بعض
الطريق ورده الى الموضع الذى استاجره فعليه الاجر وهو نظير مسئلة السفينة
اذا ردها الريح والمكترى مع الملاح في السفينة وفي البزازية نقلا عن الواقعات
رجل اشترى اشجارا للقلع بالاجراء فلم يرض البايع فتقايلا ان استاجرهم ليذهبوا
معه من المصر الى موضع الاشجار فلهم اجر الذهاب وان كانت الاجارة لقلع الاشجار
في موضع كذا فلا اجر وفي النوازل استاجر اجيرا على ان يقلع له الاشجار في
موضع كذا على ان اجر الذهاب والرجوع على المستاجر قال لا ادرى له اجر الذهاب
ولا الرجوع لانه لم يعمل شيئا استاجر مكاريا يحمل له وقرا من الحنطة الى موضع كذا
فلما بلغ نصف الطريق عاد به الى المكان الاول لا يجب الاجر باب ما يجوز من
الاجارة وما لا يجوز وفي البزازية الاجارة اذا وقعت على العين لا يجوز فلا يصح
استيجار الاجام والحياض لصيد السمك او رفع القصب وقطع الحطب او ليسقى
ارضه او غنمه منها وكذا اجارة المراعى والحيلة في الكل ان يستاجر موضعا
معلوما لعطن الماشية ويبيح الماء والمرعى وقد ذكرنا في باب البيع الفاسد
نقلا عن البحر ما يفيد جواز اجارة الحياض للصيد فارجع وما لا يجوز استيجار
الزوج زوجته للخدمة واستيجار الاب ابنه قال في الخلاصة لو استاجر امرأته
لتخدمه لا يجوز ولو كانت المراة امة الغير جاز ولو استاجرت المراة زوجها
ليخدمها جاز في ظاهر الرواية وروى ابو عصمة بن سعد بن معاذ المروزى انه باطل
وذكر في كتاب جعل الابق ان للزوج ان لا يخدمها ومتى رجع الامر الى
القاضى يفسخ العقد بينهما ومن مشايخنا من قال تاويل قول ابى عصمة انه سيبطل
ومنهم من قال في المسئلة روايتان وان استاجر ابن الحر الاب او الام ليرعى
غنمه او ليعمل عملا اخر غير الخدمة جاز ولو استاجر الابن امه للخدمة او جده
او جدته لا يجوز ولو عمل واحد من هؤلاء يجب المسمى ولو استاجرت زوجها
ليرعى غنمها جاز ولو استاجر الاب ليخدمه لا يجوز حرا كان الاب او عبدا
لغيره او كافرا ولا يجب الاجر اذا خدم الا اذا كان مكاتبا او عبدا انتهى صح استيجار

الدار والحانوت وان لم يذكر ما يعمل فيه من السكنى وغيره والقياس ان لا يجوز
ما لم يبين ما يعمل فيه لان المقصود من الدار والحانوت الانتفاع وهو متنوع فوجب
ان لا يجوز ما لم يبين نوعا منها للجهالة المفضية الى النزاع لكنه جاز استحسانا
ووجهه ان المعروف عرفا كالمشروط نصا فينصرف اليه وهو السكنى ولهذا
سمى مسكنا فان قيل سلمنا ان السكنى متعارف ولكنه قد يتفاوت بتفاوت
السكان فلا بد من بيانه اجيب بان السكنى لا يتفاوت وان تفاوت السكان
وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح وله ان يعمل كل شئ من السكنى
والاسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها
من توابع السكنى لاطلاق العقد سوى ما يوهن البناء كالحدادة والقصارة والطحن
بالماء او بالدابة دون اليد ان لم يوهن البناء لان فيما يوهن البناء ضررا ظاهرا
فيتقيد بما وراءه دلالة وفي الخلاصة لا يمنع من رحى اليد الا اذا كان يضر
فيمنع وعليه الفتوى وكذا يمنع من كسر الحطب اذا زاد او يوهن البناء الا برضاء
المالك او يشترط في الاجارة ولو اقعد فيها قصارا فانهدمت من عمله ضمن
ولا يجب الاجر فيما ضمن وينبغى ان يجب فيما لم يضمن وهو الساحة وان لم ينهدم شئ
بالقصارة لا يجب الاجر قياسا ويجب المسمى استحسانا هذا فيما اذا استاجر
ولم يذكر ما يعمل فيه واذا استاجر ليقعد قصارا فله ان يقعد حدادا ايضا
اذا كانت مضرتهما واحدة ولو قال المستاجر شرطت لك القصارة وانكر
الاجر فالقول قوله وان اقاما البينة فالبينة بينة المستاجر وهل له ان يربط
دوابه ففى الخلاصة وللمستاجر ان يربط فيها دابته وبعيره وشاته
فان لم يكن هناك مربط ليس له اتخاذ المربط بل يربط على باب داره وكذا ان لم يكن
فيها بئر ماء ليس له ان يحفر بئر ماء ولو حفر فما عطب به يضمن ان كان بغير اذن
المالك ولو ضرب الدابة انسانا فمات او هدمت حائطا لم يضمن ولو ادخل الموجر
دابته الدار المستاجرة بعد ما سكن فعطب به شئ ضمن اذ ليس له ادخال دابته
بعد ما سكن المستاجر الا اذا ادخلها باذن المستاجر فلا يضمن بخلاف ما
اذا اعار داره ثم ربط المعير دابته على باب الدار فضربت انسانا لا يضمن هذا

اذا اجر كل الدار فان لم يوجر صحن الدار له ان يربط في الصحن وللمستاجر
ان يبني التنور فيها حتى لو بنى فاحترق به شيء من الدار لم يضمن لان التنور من لوازم
السكنى وله ايضا الايجار الى اخر لكنه لو اجره باكثر ما استاجره تصدق بالفضل
الا اذا اصلح في الدار شيئا او ضم اليها شيئا اخر واجرهما معا فينصرف الزيادة
الى الشيء الاخر او اجرها بخلاف جنس ما استاجر به اولا او جصصها ثم اجرها بالزيادة
فح يطيب له الزيادة في هذه الصور بخلاف ما اذا كنس الدار ثم اجرها بالزيادة
حيث لا يطيب له الزيادة الا اذا قال على ان اكنس الدار استاجر منزلا من دار
وفيها سكان فادخله الدار وخلى بينه وبين المنزل ثم قال بعد مدة حال بيني وبين
المنزل فلان يحكم الحال ان فيها فلان لا يلزم الاجر وان فيها المستاجر يلزم لشهادة
الظاهر وان خاليا يجب ايضا لوجود التخلية اجره دارا شهرا او سكن المالك فيها
معه وقال المستاجر لا اعطيك الاجرة لعدم التخلية فعليه الاجر بحساب ما في
يده لانه استوفى بعض المعقود عليه استاجر حانوتا على بابه وكان على الكراء
مع الدكان فمنع من الترقي بالدكان سقط حصة الدكان ولا تفسد هذه الاجارة
لانه موقوف على اذن السلطان ساحة بين يدي حانوت لرجل في الشارع
فاجرها الرجل واخذ الاجرة فاختلفوا فيه فقال في المحيط ان هذه الاجرة
للعاقد وقال الفقيه ابو الليث هذا اذا كان غير بناء حتى يصير الموجر غاصبا عندهما
وقال في البزازية والصحيح عندي هو الاول لان عندهما وان لم يتحقق الغصب
في حق الضمان يتحقق في حق غيره كلزوم الرد والاثم فكذا في حق استحقاق
الاجر وصح استيجار الارض للزرع ان بين ما يزرع لان الزراعة منفعة مقصودة
فيصلح للاستيجار وينبغي ان يذكر انه يستاجرها للزراعة لانها قد تستاجر لغيرها
ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها ايضا لانه
متفاوت في الضرر بالارض فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة او قال على ان
يزرع ما شاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع
ويدخل الشرب والطريق في العقد بلا تنصيص لان الاجارة تعقد للانتفاع
ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في اطلاقه بخلاف البيع فان المقصود منه مقصوده

بالاراضي

بالاراضي فصح العقد لها واذا انقضت المدة لزمه اي المستاجر ان يقلعهما اي البناء
والغرس ويسلمها اي الارض فارغة لانها لا نهاية لها ففي ابقائها ضرر لصاحب
الارض الا ان يغرم الموجر قيمة ذلك اي البناء والغرس مقلوعا برضى صاحبه
اي صاحب البناء والغرس ان لم تكن الارض تنقص بقلعهما وان كانت الارض تنقص
بقلعه اي بقلع كل منهما فبدون رضاه ايضا اي يغرم قيمته بدون رضى صاحبه
كما يغرم برضاه او يرضيا بتركه على الارض فيكون البناء والغرس لهذا والارض
لهذا اي لصاحبها والرطبة كالشجر لان لها عروقا في الارض وبقاء عليها كالشجر
فكان حكمها كحكمه والزرع يترك بعد انقضاء المدة ولم يحصد باجر المثل الى
ان يدرك لان لها نهاية معلومة فامكن فيه رعاية الجانبين وذلك باجر المثل
فيصار اليه ومما يتعلق باجارة الارض ما ذكر في الفتاوى رجل استاجر ارضا
ليزرعها فزرعها فاصاب الزرع آفة فهلك او غرقت الارض ولم تنبت فعليه الاجر
تاما ولو غرقت قبل ان يزرعها فلا اجر عليه لعدم استيفاء المعقود عليه هكذا
ذكره في الخلاصة والبزازية من غير تفصيل ثم ذكرا عن المحيط تفصيلا وقالا
قال في المحيط والفتوى على انه لا اجر على المستاجر فيما بقي من المدة بعد هلاك الزرع
الا اذا امكن من اعادة زرع مثله او دونه في الضرر بالارض وقالا وكذا لو
منعها غاصب عن الزراعة بناء على امكان الزراعة وعدمه يعني ان امكن الزراعة
بعد الغصب يجب الاجر والا فلا ولو قبض الارض ولم يزرعها حتى مضت السنة
يجب تمام الاجر استاجر ارضا ليزرعها فزرعها فلم يجد الماء ليسقيها فيبس
الزرع يسقط الاجر منه سواء استاجر بشربها او بغير شربها كما لو استاجر الرحى
وانقطع ماؤه وكذا لو خرب النهر الاعظم ولم يقدر على سقيها يسقط الاجر وكذا
لو كانت الارض تسقى بماء المطر وماء الارض فانقطع ماء المطر يسقط الاجر لعدم
الانتفاع بها بدون ماء المطر ولو استاجر من ارض الجبل فزرعها فلم تمطر ولم تنبت
حتى مضت السنة ثم مطرت ونبت فالزرع كله للمستاجر وليس عليه كراء الارض
ولا قيمة نقصانها لان الزرع لم يكن غصبا وهل يطيب للمستاجر زيادة الزرع
ففي الخلاصة نقلا عن المنتقى انه يتصدق بالفضل وان قال رب الارض انا

اقلعه له ذلك ولو استاجر ارضا ليزرعها فزرعها فقل ماؤها او انقطع فله ان
يخاصمه حتى يفسخ القاضي العقد بينهما وبعد ما فسخ يترك الحاكم الارض في يده
باجر مثلها الى ان يدرك الزرع فان سقى زرعه كان ذلك رضاء وليس له
ان ينقض الاجارة ولو استاجر ارضا سنة يزرعها غلة واحدة قد سماها بعينها
فزرع تلك الغلة فلما نبت اصاب الزرع آفة فافسده وهي في وقت لا يستطيع
ان يعيد تلك الزراعة بعينها فاراد ان يزرع غير ما سمى ما هو دونه في الضرر
على الارض او مثله له ان يفعل ذلك وان كان من غير امر صاحبه وان
كان ما زرع اضر على الارض لم يكن له ذلك ويرد الارض على الآجر وعليه الاجر
بقدر ما كانت في يده وبيان احكام اجارة الارض المغصوبة سياتي في
كتاب الغصب وصح استيجار الدابة للركوب والحمل لانها منفعة مقصودة معهودة
في الدابة وعلفها على الموجر لا على المستاجر حتى لو شرط على المستاجر فسدت
الاجارة ولو تركها المستاجر بلا علف وماتت جوعا لم يضمن كما في البزازية
بخلاف اجارة العبد فان طعامه على المستاجر وبخلاف استيجار الكاتب فان
الحبر عليه لا على المستاجر كذا في الاشباه وصح استيجار الثوب للبس لانه منفعة
مقصودة في الثوب فان اطلق اي الركوب واللبس وذلك بان قال استاجرت
على ان اركب من اشاء او احمل ما اشاء او البس من اشاء وهو المراد بالاطلاق
هنا لا ان يقول استاجرت للركوب او للحمل او للبس ولم يزد عليه فان العقد
في هذه الصورة فاسد تفصيله انه اذا استاجر دابة او ثوبا فاما ان يقول
عند العقد استاجرت للركوب او للحمل او للبس ولم يزد عليه لفظا آخر او زاد
فقال استاجرت على ان اركب من اشاء او احمل ما اشاء او البس من اشاء او قال
استاجرت على ان اركب فلانا او احمل الشيء الفلاني او البس فلانا فهذه ثلثة اوجه
فان كان الاول فالعقد فاسد لانهما يختلف اختلافا فاحشا فان ركب او لبس
شخصا ومضت المدة فالقياس ان يجب اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه
بعقد فاسد فلا ينقلب جائزا وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائزا لان
الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها ارتفعت من الابتداء

لانها عقد ينعقد ساعة فساعة وكل جزء منه ابتداء واذا ارتفعت الجهالة من
الابتداء صح العقد فكذا ههنا كذا في العناية وان كان الثاني والثالث صح العقد
ويجب المسمى فاذا كان المراد بالاطلاق ما ذكرناه فاذا اطلق العاقد عند العقد
بهذا المعنى فله ان يركب ويلبس من شاء عملا باطلاقه وله ان يحمل ما شاء ايضا في
الاستيجار للحمل يجب عليه المسمى فاذا ركب او لبس هو اي المستاجر او اركب او البس
غيره تعين مرادا من الاصل فصار كانه نص عليه فلا يستعمله غيره لانه خلاف
النص المذكور حتى لو استعمله غيره ضمن بالهلاك وان قيد براكب او لابس معينين
فخالف ضمن لان التقييد بالمعين مفيد لتفاوت الناس في الركوب واللبس
والاستيفاء في الحمل فيعتبر فبالخلاف منه صار متعديا فيضمن وكذا كل ما
يختلف باختلاف المستعمل اي يضمن بالخلاف اذا كان مقيدا كالفسطاط حتى
لو استاجره وقيده باسكان فلان فدفعه الى غيره اجارة او اعارة فنصبه وسكن فيه
ضمن عند ابي ح وابي يوسف لتفاوت الناس في نصبه واختيار مكانه وضرب
اوتاده وعند محمد لا يضمن لانه للسكنى فصار مثل الدار وما لا يختلف به اي
باختلاف المستعمل فتقييده اي تقييد الموجر بشخص هدر لعدم التفاوت فلا يفيد
التقييد فاذا كان هدرا فلو شرط سكنى واحد بعينه جاز ان يسكن من الاسكان
غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت في السكنى وما كان يضر البناء
من اسكان الحداد والقصار والطحان خارج على ما تقدم وان سمى المستاجر ما يحمل
على الدابة نوعا وقدرا ككر بر اي بعينه الاول لبيان النوع والثاني لبيان القدر
فله حمل مثله في الضرر ككر بر آخر او اخف منه ضررا كالشعير والسمسم فانهما
اذا كانا كيلا يكون اخف من كر بر فيكون اقل ضررا لا ما هو اضر كالملح اذا كان
مثل البر كيلا فانه اثقل فيكون اكثر ضررا وان سمى قدرا من القطن فليس له ان يحمل
مثل وزنه حديدا لانه ربما كان اضر على الدابة لاجتماعه في موضع واحد من
الظهر بخلاف القطن فانه ينبسط عليه وان زاد على ما سمى من البر والقطن فعطبت
الدابة ضمن قدر الزيادة ان كانت الدابة تطيق ما حملها لانها هلكت بما هو مأذون
فيه وغير ماذون فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما والا اي وان لم تطق

ما حملها فكل القيمة اي ضمن كل القيمة لعدم اذنه فيها اصلا لانها خارجة عن العادة
كما اذا كانت الزيادة من خلاف جنس المسمى فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن
فان قيل اذا استاجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن احد عشر مختوما
منها فهلك ضمن جميع القيمة مع ان الزيادة من جنس المسمى ويطيق به الثور اجيب بان
الطحن يكون شيئا فشيئا فاذا طحن العشرة المسماة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في
الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فاما الحمل فيكون
جملة واحدة فهو ماذون في بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك ولنذكر
بعض ما يتعلق بضمان المكاري قال في الخلاصة لو تكارى دابة ليحمل عليها عشرة
مخاتيم فجعل في جوالق عشرين مختوما وامر رب الدابة بوضعه عليها ففعل
لا ضمان على المستكري لان صاحب الدابة هو الواضع ولو حملاه جميعا ضمن
ربع القيمة لان النصف ماذون والنصف الاخر بغير اذن وهما حملاه فيضمن
نصف هذا النصف ولو كان الحمل عدلين حمل كل واحد منهما عدلا فوضعا جميعا
لم يضمن وكذا لو حمل المستاجر اولا لان رب الدابة حامل للزيادة وان حمل رب
الدابة اولا ثم المستاجر ضمن نصف قيمة الدابة ولو تكارى دابة ليحمل عليها شعيرا
كيلا معلوما فحمل عليها بذلك الكيل ضمن قيمتها وان حمل عليها مثل نصف ذلك من
البر قال الامام السرخسي يضمن وقال الامام خواهر زاده لا يضمن استحسانا
قال الصدر الشهيد هو الاصح ولو زاد وبلغ المكان ثم ضاع ضمن بقدر الزيادة
لانه صار غاصبا فلا يبرأ الا بالرد الى المالك وفي فتاوى قاضيخان لو استاجر
دابة ليحمل عليها شيئا سماه فحمل عليها غيره فهو على ثلثة اوجه الاول ان حمل عليها
من جنس المسمى الا انه خالف المشروط بان استاجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم
من غير تلك الحنطة اذا حمل عليها حنطة رجل اخر لا يكون مخالفا والثاني ان
خالف في الجنس بان استاجر ليحمل عليها عشرة اقفزة حنطة فحمل عليها عشرة
اقفزة شعير في القياس يكون مخالفا ضامنا وفي الاستحسان لا يكون
لان المعتبر هو الضرر ولا ضرر ههنا لان مثل ذلك من الشعير يكون اخف على
الدابة فان سلمت الدابة يجب المسمى وان عطبت من ذلك يضمن قيمتها ولا يجب الاجر

فعلى هذا يكون ما ذكره المص استحسانا والثالث ان يخالف الى ما هو اضر بالدابة بان
استاجر ليحمل الحنطة فحمل عليها حديدا او آجرا او قطنا او حطبا مثل وزن الحنطة
فعطبت يضمن قيمتها فان سلمت لا يجب الاجر انتهى وفي الخلاصة ايضا لو سمى
من الحنطة وزنا معلوما فحمل على الدابة من الشعير مثل ذلك الوزن وعطبت الدابة
يضمن قيمتها ولو استاجرها ليحمل عليها شعيرا فحمل عليها في احدى الجوالقين شعيرا
وفي الاخر حنطة فعطبت الدابة يضمن نصف قيمتها وعليه نصف اجرها لانه في
النصف موافق وفي النصف مخالف استاجر دابة ليحمل عليها فله ان يركبها
وان استاجرها ليركبها ليس له ان يحمل عليها ولو حمل عليها لا اجر عليه لان
الركوب يسمى حملا ويقال ركب فلان وحمل معه غيره ولا يسمى الحمل ركوبا اصلا
استاجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها عشرين منها فسلمت فعليه
الاجر تاما فان عطبت بعد ما بلغت فعليه نصف قيمتها والاجر تام وهذا قول
ابي ح وابي يوسف اذا استاجرها لحمل معلوم فساقها رب الدابة فعثرت
الدابة فسقطت الحمولة وفسدت وصاحب المتاع يمشي مع رب الدابة او ليس
معه فالمكاري ضامن استاجرها ليحمل عليه زيتا او متاعا فحمله فركبه
هو والمكاري فتلف المتاع لا ضمان على المكاري لانه لا يحل بينه وبين المتاع
وكذلك لو كانا يقودان البغل او يسوقانه ولو انقطع حبله فسقط الحمل
ضمن بالاتفاق اما لو اصابته الشمس او المطر ففسد الحمل او سرق الحمل من ظهر
الدابة لا يضمن عنده وعندهما يضمن ولو حمل عليها عبدا فساق رب الدابة
فعثرت وعطب العبد لا يضمن لان العبد في يد نفسه بخلاف المتاع وكذا
لو حمل عليها صاحب المتاع متاعه وركبها فساقها رب الدابة فعثرت فعطب
الرجل او فسد المتاع لم يضمن صاحب الدابة ولو كان العبد لا يستمسك
ضمن كما في الثوب والبهيمة اذا هلكت بسوق المستاجر اذا ركب الدابة وقد لبس
من الثياب اكثر ما عليه حين استاجرها ان لبس مثل ما يلبس الناس لا يضمن وان
لبس ما لا يلبس الناس يضمن بقدر ما زاد استاجر حمارا ليحمل عليه وقر حنطة
الى المصر فحمله عليه وبلغ موضعه فلما انصرف حمل عليه قفيز ملح ومرض الحمار

ومات فعليه الضمان لانه فعل ذلك بغير اذن مالكه بخلاف ما اذا ركب في حال
رجوعه حيث لا يضمن وان كان بغير اذن المالك لان ذلك متعارف قال القاضي
الامام يضمن بالركوب ايضا كما في الدابة المستعارة اذا ركب في حالة الرد اذا
استاجرها ليحمل عليها انسانا باجر معلوم فحمل عليها امراءة ثقيلة فعطبت فان كانت
الدابة تطيق حملها لا ضمان وعليه الاجر استحسانا والا يكون ضامنا استاجر
حمارا ليحمل عليه اثنى عشر وقرا من التراب الى ارضه بدرهم وله في ارضه لبن
فحمل ما عاد من ارضه يحمل عليه وقرا من لبن فان هلك الحمار في الرجوع يضمن
قيمة الحمار دون الاجر وان سلم الحمار حتى تم العمل فعلى المستاجر تمام الدرهم في
كل وقر من التراب نصف دانق كما اذا استكرى دابة لمسير فرسخ فسار رسبعة فراسخ
فعليه من الكراء مقدار ما شرط وفيما زاد هو غاصب استاجر حمارا فضل فتركه
ولم يطلبه حتى ضاع ان ذهب الحمار من حيث لا يشعر به وهو حافظ لا ضمان عليه
في تركه الطلب فان علم فطلبه ولم يظفر به فلا ضمان عليه وكذا لا ضمان عليه
في ترك الطلب اذا كان آيسا من وجوده لو طلبه بالقرب في حوالي الموضع الذي
ذهبت ولو اوقف الحمار وشرع في الصلوة فذهب الحمار وهو يراه ولم يقطع الصلوة
يضمن وان كان في الفرض لان الحفظ واجب عليه وهو قادر على ذلك وكذا
لو كان في بول او غائط او حديث مع غيره فذهب الحمار ان توارى عن بصره
وضاع ضمن النقار لا يكون تاركا للحفظ ما لم يغيب البقر عن بصره وان كان
نائما وان غاب عن بصره يكون تاركا للحفظ كذا ذكره في الخلاصة والبزازية
مطلقا ثم ذكر عن الصغرى انه اذا نام قاعدا لا يكون تاركا للحفظ وان نام
مضطجعا يكون تاركا للحفظ واذا اشتغل بعمل آخر وضل الحمار يضمن اذا جاء الى
الخباز ليشتري الخبز وترك الحمار ان كان غاب عن بصره يضمن وان لم يغب
لا يضمن والتقييد بالبصر في النهار والليل سواء ولو ربط الحمار على اري في سكة
نافذة ولا منزل له فيها ولا بيت له ان كان استاجره لركوب نفسه يضمن
ان ضاع وان استاجره مطلقا بلا بيان الراكب وهنا رجال يتام ليسوا في
عيال المستاجر ولا من اجرائه ان لم يحفظهم ضمن ان ضاع وان استحفظهم او بعضهم

وفلوا

وفلوا منه والغالب ثم ان نوم الحافظ ليس باضاعة لا يضمن ان كان نوم الحافظ
بعد اضاعة ضمن ترك الحمار على الباب ودخل المنزل لياخذ خشب الحمار وضاع
ان لم يغب عن بصره لا ضمان وان غاب ان كان موضعا لا يعد تضييعا كما كانت
السكة غير نافذة او في بعض القرى لا يضمن وان عد تضييعا ضمن ربط
الحمار على بابه ودخل الدار لياخذ شيئا او المسجد ليصلي وهذا وترك الربط
سواء فيضمن في المختار استاجر دابة اياما معلومة ليركبها في المصر
فانقضت المدة فامسكها في بيته ولم يجئ صاحبها لياخذها فنفقت لا ضمان
عليه لان مؤنة الرد على الآجر قالوا هذا اذا كان الاخراج باذن رب المال
اما اذا كان الاخراج بغير اذن رب المال فمؤنة الرد على الذي اخرج مستعيرا
كان او مستاجرا رجل استاجر دابة الى موضع فاخبر ان في الطريق لصوصا
فلم يلتفت وذهب فاخذ اللصوص الدابة ان كان الناس يسلكون الطريق
بدوابهم مع الخبر لا يضمن وان كانوا لا يسلكون ضمن رجل استاجر رجلا
ودفع اليه حمارا وخمسين درهما ليذهب به الى بلد كذا ويشتري شيئا للتجارة
فذهب المامور فاخذ السلطان حمر القافلة فذهب البعض ولم يذهب البعض
ولا الاجير ومن الذين ذهبوا في طلب الحمار بعضهم استردوا وبعضهم لا
فان كان الذين استردوا لم يكونوا يلومون على الذين لم يذهبوا لما فيه من تحمل
المشقة لا يضمن الاجير وان كانوا يلومونهم يضمن الاجير وان استقبلهم اللصوص
فطرح المكاري الكرباس وذهب بحماره فاخذ اللصوص الكرباس لا يضمن
المكاري ان كان يعلم انه لا يمكن التخلص عنهم بالحمار والكرباس ويعلم انه لو
حمله لاخذوا الحمار والكرباس استاجر حمارا ليحمل عليه الشوك فادخله في
سكة فيها نهر فبلغ موضعا ضيقا فضرب الحمار فوقع الحمار مع الحمل في النهر
فاشتغل المستاجر بقطع الحبل فهلك الحمار ان كان بحال لا يسع فيه بمثل ذلك
الحمل فهو ضامن وان كان الحمار يقدر على نجاة وثب عن مثل ذلك الموضع مع ذلك
الحمل فان عنف عليه في الضرب حتى وثب من ضربه فهو ضامن والا فلا وكذا
لو وقع في النهر بعنفه في السوق يضمن الحمل في الفتاوى من قاضيخان

والخلاصة والبزازية وذكر في العمادية انه اذا دفع حملا الى مكار ليحمله الى موضع كذا
وشرط عليه ان يسير ليلا وصاحب الحمل معه يسيران ليلا فضاعت الدابة مع
الحمل ان كان المكاري ضيع بترك الحفظ ضمن وان كانت ضاعت من غير تضييعه
لم يضمن عند ابي حنيفة خلافا لهما وينبغي ان لا يضمن اذا كان رب الدابة يسير معه
بلا خلاف وفي قاضيخان لو استاجر حمارا من رجل وحمله في الطين ثم صرف
وجهه عن الطين ولم يبرح مكانه ودعى اجيره ثم نظر الى الحمار فلم يجد قالوا ان
كان تحويل وجهه عن الحمار قليلا لا يعد ذلك تضييعا عند الناس لا يضمن وان كان
طويلا يعد تضييعا عند الناس ضمن انتهى فعلم منه ان المستاجر لو ترك المستاجر
ولم يحفظه على خلاف العادة وضل وضاع ضمن وفي الارداف يضمن النصف
قال في الزيلعي بتقييده بالارداف احترازا عما اذا حمله الراكب على عاتقه فانه
يضمن جميع القيمة لان ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان
واحد فيكون اشق على الدابة فيضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيق حملهما هكذا
ذكره نقلا عن النهاية ثم قال ذكر في المختصر انه يضمن نصف القيمة في الارداف
ولم يذكر كم يجب عليه من الاجر اذا هلكت بعدما بلغت به مقصده قالوا يجب عليه
كل الاجر ونصف القيمة ثم للمالك الخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء ضمن
الراكب والراكب لا يرجع بما ضمن والرديف يرجع ان كان مستاجرا وان كان
مستعيرا لا يرجع انتهى هكذا ذكره في الخلاصة وعلل لزوم الاجر كاملا بانه
استوفى المنفعة وعلل لزوم الضمان بانها تلفت بركوب اثنين احدهما غير ماذون
فيضمن النصف وفي التقييد بالارداف احترازا ايضا عما اذا استاجرها ليركبها
هو بنفسه ولم يركبها هو بل اركب غيره فانه يضمن كل القيمة ان عطبت الدابة
من ركوب الغير ووجه الفرق بينهما ان في الاركاب غيره منفردا مخالفة من كل
وجه فيضمن كل القيمة وفي الارداف ماذون من وجه دون وجه فيضمن
النصف ولا عبرة بالثقل لان الدابة قد يثقل عليها الراكب الخفيف ويخف عليها
الراكب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن
فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات حيث اذا جرح رجل رجلا جراحة

واحدة

واحدة والاخر عشر جراحات خطا فمات منها فالدية بينهما نصفان باعتبار عدد الجاني
ثم هذا فيما اذا كانت تطيق الدابة والا فالتلف بالارداف يضمن كل القيمة بخلاف
ما اذا ركب وحمله على عاتقه فانه يضمن كل القيمة لو عطبت ولو كانت تطيق
عليهما لما تقدم انفا وفي اطلاقه اشارة الى انه يضمن النصف سواء كان الرديف
رجلا او صبيا قادرا على الاستمساك بنفسه على الدابة او لم يقدر لكن قالوا اذا اردف
صبيا لا يستمسك على الدابة بنفسه يضمن بقدر ثقله لانه بمنزلة حمل المتاع كذا
في الخلاصة وان كبحها اي جذبها بلجامها ليقف ولا يجري او ضربها فعطبت
ضمن عند ابي حنيفة خلافا لهما فيما هو معتاد لان المتعارف من الكبح والضرب داخل
تحت مطلق العقد فيكون ماذونا فيه ولابي حنيفة سلمنا انه حاصل بالاذن لكن الاذن
مقيد بشرط السلامة اذا امكن تحقق المقصود بها وههنا ممكن اذ يتحقق السوق
بدون الضرب وانما يضرب للمبالغة فصار كالمرور في الطريق وضرب الزوجة
بخلاف ضرب القاضي للحد او التعزير وفصد الفصاد حيث لا يضمن اذا هلك بهما
لان الحد والتعزير واجب عليه وكذا الفصد بعقد الاجارة ولا ضمان مع الوجوب
وهذا بخلاف ما اذا ضرب العبد المستاجر حيث يضمن بالاتفاق لانه يؤمر وينهى
لفهمه فلا ضرورة الى الضرب وعلى هذا الخلاف ضرب الاب او الوصي الصغير
اذا لم يتجاوز المعتاد للتاديب حتى يجب الدية والكفارة عنده ولا يجب عندهما لان
الضرب لاصلاح الصغير فكان ماذونا له فلا يجب الدية كما لا يجب اذا ضربه المعلم
باذن الاب ولابي حنيفة ان الاب يضربه لمنفعة نفسه بخلاف المعلم فانه يضربه
اعانة للاب والمعين لا ضمان عليه وان تجاوزهما اي بالدابة المستاجرة مكانا
سماه للركوب او للحمل ضمن قيمتها لانه بالتعدي صار غاصبا كما لو عين طريقا فسلك
غيره مما لم يسلكه الناس عليها سيأتي ولا يبرا عن الضمان بردها الى ما سماه من
المكان وان وصلية استاجرها ذهابا وايابا في الاصح قال الامام قاضيخان
في تحرير هذه المسئلة رجل استاجر دابة للركوب الى الكوفة فجاوز بها عن
الكوفة مقدار ما لا يتسامح فيه الناس وركب في تلك الزيادة او لم يركب
وردها الى الكوفة كان عليه الاجر الى الكوفة فتكون الدابة مضمونة عليه

ما لم يردها الى صاحبها حتى لو هلكت في طريق الكوفة يضمن قيمتها ولا يسقط عنه شيء
الاجر وهذا قول ابي ح الاخر وهو قول صاحبيه وكان ابو ح يقول اولا اذا ردها
الى الكوفة براء عن الضمان ثم رجع وقال لا يبرا عن الضمان بازالة التعدي وكذا
الخلاف في المستعير اذا جاوز ثم عاد الى ذلك المكان بخلاف المودع اذا جاوز
ثم عاد الى الوفاق فانه يبراء عن الضمان وقال بعضهم براء الكل عن الضمان بازالة
التعدي وقال بعضهم اذا استاجرها جائيا وذاهبا برئ وكذا المستعير وان
استاجرها ذاهبا لا جائيا لا يبراء على كل حال الا المودع انتهى فحاصل الاقوال الى
ثلثة احدها ان المستاجر والمستعير لا يبراء عن الضمان بازالة التعدي والعود
الى الوفاق على القول المرجوع اليه ويبراء المودع والفرق بينهما ان المودع مامور
بالحفظ قصدا فبعد العود الى الوفاق بقي الامر بالحفظ فحصل الرد الى نائب
المالك لان المودع نائبه بخلاف الاجارة والاعارة لان الحفظ فيهما مامور به
تبعا للاستعمال المقصود اصالة فاذا انقطع الاستعمال بالوصول الى المكان
المسمى لم يبق هو نائبا عن المالك فلا يبراء بالعود الى الوفاق اذ لم يوجد الرد الى
المالك ولا الى نائبه والثاني عدم الفرق بين المستاجر والمستعير والمودع في
البراءة عن الضمان عند ازالة التعدي وفي الخلاصة وهذا ليس بصحيح بل
الصحيح الفرق بينهما وبين المودع والثالث انه ان استاجر او استعار جائيا
وذاهبا يبراء وان ذاهبا لا جائيا لا يبراء ويبراء في الوديعة واختار في
الهداية ما ذكره المص من عدم البراءة بازالة التعدي وقال وهذا اصح واعترض
عليه بان غاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب براء عن الضمان مع انه
لم يوجد الرد الى المالك ولا الى نائبه كما في المستاجر والمستعير واجيب بان الرد
على احدهما يوجب البراءة البتة وليس كلما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على
احدهما لجواز ان يحصل البراءة بسبب اخر وهو الرد الى من لم يرتفع بالرد عليه
ضمانه من قبل وغاصب الغاصب كذلك فانه بالرد عليه لا يبرا عن الضمان
الاول وان نزع سرج الحمار واسرجه بما يسرج به مثله لا يضمن لان الاول الاذن
ح قد تناوله العقد وان اسرجه او اوكفه بما لا يسرج او يوكف عطف على لا يسرج

لا على يسرج وايجار في قوله به متعلق بكل من يسرج ويوكف يعني لو استاجرها
يسرج فاوكفها باكاف يوكف مثلها او سرج لا يسرج مثله فهلكت ضمن لانه ح
لم يتناول العقد الاذن به وكذا اي ضمن ان اوكفه بما يوكف به مثله توضيحها
من اكترى حمارا بسرج فاستعمله به موافقه فان نزع فاما ان يستعمله بسرج
اخر او اكاف وكل منهما على قسمين اما بسرج يسرج بمثله الحمار اولا وكذلك الاكاف
فان اسرج بذلك فلا ضمان عليه لانه لما كان مثله يتناوله الاذن اذ لا فائدة
في التقييد بالعين لا يضمن الا اذا كان زائدا في الوزن فح يضمن الزيادة
اذا كانت من جنس المسمى وموضع واحد على الدابة في دفعة واحدة وان اسرج
بما لا يسرج به مثله مثل ان يسرج بسرج البرذون ضمن القيمة كلها لانه
لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر
يضمن لما قلنا في السرج من انه لم يتناوله الاذن بل هو اولى لكونه من خلاف
جنسه وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي ح ولم يبين مقدار
المضمون اتباعا لصاحب الهداية وهو رواية الجامع الصغير لانه لم يذكر فيه مقدار
المضمون بل قال هو ضامن وذكر في كتاب الاجارات يضمن بقدر ما زاد
فاختلف المشايخ فقال بعضهم ليس في المسئلة روايتان وانما المطلق محمول
على المقيد وقال بعضهم فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد
وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة وقال شيخ الاسلام وهذا اصح هذا
كله عند ابي ح وقالا يضمن قدر ما زاد وزنه على السرج فقط حتى لو كان قدر
وزن السرج منوين ووزن الاكاف ستة امناء يضمن ثلثي قيمتها لانه اذا كان
الاكاف ما يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا
كان زائدا عليه في الوزن فيضمن الزيادة لعدم الاذن بها فصار كالزيادة
في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ووجه ابي ح على رواية الاجارات ان الاكاف
ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وينبسط احدهما على الظهر اكثر
من الاخر فصار كما لو سمى حنطة وحمل بوزنها شعيرا فانه يضمن جميع القيمة لان
الشعير ينبسط على ظهر الدابة اكثر من الحنطة فكان مخالفا انما قال قدر ما زاد وزنه

لاختيار القول بعض المشايخ ومنهم من قال انه يضمن عندهما قدر ما زاد مساحته
مساحة السرج حتى اذا كان السرج ياخذ من ظهر الدابة قدر الشبرين والاكاف
قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها سواء تساويا في الوزن او لا هذا كله فيما
لو استاجرها بسرج واما لو استاجرها باكاف فاوكفها باكاف مثله او اسرجها
مكان الاكاف لا يضمن على ما في الخلاصة لانه خلاف الى خير ولو استاجرها
عريانة فاسرجها وركبها ضمن قال مشايخنا ان استاجرها من بلد الى بلد لا يضمن
فانه لا يمكنه الركوب بدون السرج وان استاجر ليركبها في المصر ان كان
المستكري من الاشراف لا يضمن لانه لا يركبه بدون السرج وان كان من العوام
يركبون عريانا يضمن ولو تكارى دابة ولم يذكر السرج والاكاف وسلمها عريانة
فركبها بهذا او بهذا ان كان مثله يركب بسرج يضمن اذا ركبها باكاف وان كان
يركب بكل واحد منهما لا يضمن اذا ركبها بهذا او بهذا ان كان مثله كذا في الخلاصة
نقلا عن المشايخ قال ناوبله اذا ركب من بلد الى بلد ولو استاجرها بغير لجام فالجمها
لا يضمن اذا الجم بلجام لا يلجم مثلها وان سلك الحمال طريقا غير ما عينه المالك
ما يسلكه الناس فلا ضمان عليه ان لم يتفاوت الطريقان قربا وبعدا خوفا
وامنا اعوجاجا واستقامة لان الاذن يتناوله لعدم الفائدة في التقييد
بالمعين وان تفاوتا بشيء مما ذكرناه او كان لا يسلكه الناس او حمله في البحر
فتلف ضمن لان التقييد في الاولين صحيح لكونه مفيدا وفي الثالث اصح واولى
لان التفاوت بين البر والبحر فاحش حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة في
البر دون البحر وان بلغ الحمال المقصد فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف
معنى ذكر في العمادي نقلا عن الاصل لو استاجر حمالا ليحمل له دن خل فعثر
وانكسر او سقط من راسه او زلق رجله وانكسر بعد ما ينتهي الى المقصد فله
الاجر بلا ضمان عليه لانه حين انتهى الى المكان المشروط لم يبق الحمل مضمونا عليه
اذ وجب له جميع الاجر وصار الحمل مسلما الى صاحب الحمل حتى لا يستحق الحبس بالاجر
والمتولد من عمل غير مضمون لا يكون مضمونا وهذا بخلاف القصار اذا قصر الثوب
وهلك عنده لا يضمن الثوب ولا يكون له الاجر لان عمل القصار انما يقع لصاحب

الثوب

الثوب اذا سلم الثوب اليه ولم يوجد ولا كذلك الحمال اذا هلك الدن في يده بعد
الحمل والوصول الى المقصد لان الحمل وقع مسلما الى صاحب الدن ولهذا لا يملك
حبسه بالاجر ولو انكسر في وسط الطريق من غير عمله بان اصابه حجر من
مكان او وقع عليه حائط او كسره رجل وهو على راسه فلا ضمان عليه عند
ابي ح وعندهما يضمن اذا هلك بامر يمكن الاحتراز عنه استاجر رجلا ليحمل له طعاما
الى مكان مسمى بدرهم فحمله اليه ثم رده الى المكان الذي حمله منه سقط الاجر عنده
خلافا لزفر ويصير غاصبا لان يده قام مقام يد المستاجر في الحكم فصار
الطعام في الحكم مسلما الى رب الطعام اذا انتهى الى ذلك المكان فاذا رده منه
صار غاصبا كما لو سلمه اليه حقيقة ثم اخذه منه وذكر في الذخيرة لو حمل
متاعا على حمال وصاحب المتاع يمشي معه فعثر الحمال وسقط المتاع وفسد فهو
ضامن لانه من جناية يده ولو استاجر حمالا ليحمل له زق سمن فحمله صاحبه
بالحمال على راس الحمال فوقع وتخرق الزق لا يضمن الحمال لانه لم يسلم اليه
السمن ولا ضمان بدون التسليم اليه كذا روي عن ابي يوسف ومحمد ولو حمله
الحمال ثم وضعه في بعض الطريق ثم اراد رفعه فاستعان برب الزق فرفعاه
فوقع وتخرق فالحمال ضامن لانه صار في ضمانه حين حمله ولم يبرا منه بعد لانه
لم يسلمه الى صاحبه وان حمله الحمال ودنا بيت صاحبه ثم انزله الحمال مع صاحب
الزق من راس الحمال فوقع من ايديهما فالحمال ضامن عند ابي ح وهو قول محمد اولا ثم
رجع محمد وقال لا يضمن لان الزق وصل الى يد صاحبه قال الفقيه ابو الليث
القياس ان يضمن الحمال النصف لان الزق وقع من فعلهما وكثير من المشايخ
افتوا به واذا سرق الحمال المتاع من راس الحمال وصاحب المتاع معه لا يضمن لان
يد صاحب المتاع قائم على المتاع بعد وقيام يده يمنع وقوع التسليم الى غيره كذا
روي عن ابي يوسف وان لم يكن صاحبه معه قال ابو ح لا يضمن ايضا وقال
صاحباه يضمن واذا انقطع حبل الحمال وسقط الحمل ضمن بالاتفاق لانه لما شده
بحبل لا يحتمله فكانه هو المسقط للحمل فكان التلف حاصلا من جناية يده ولو شقت
الحقيبة بنفسها وخرج ما فيها قال ابو بكر ضمن الحمال كما اذا انقطع حبله وقال ابو الليث

في قياس قول الحج لا يضمن ولا يشبه هذا انقطاع الحبل لان ثم التفريط كان
من قبل الحمال حيث شد الحمل بحبل واه وههنا التقصير جاء من قبل رب السفينة
وبه نأخذ وعليه الفتوى الحمال اذا نزل في مفازة وتهيأ له الانتقال
ولم ينتقل حتى فسد المتاع بسرقة او مطر فهو ضامن ان كانت السرقة والمطر
غالبا لانه يكون مضيعا والا فلا الكل في العمادي وان عين زرع بر فزرع
رطبة ضمن ما نقصت الارض لانه خلاف الى شر لان للرطبة عروقا تخل بها
قوام الارض بخلاف المزارع فانه اذا زرع خلاف ما امره يصير مخالفا سواء اضر
ذلك بالارض او لم يضر كذا في ضمان المزارع من العمادية ولا اجر عليه اي
على المستاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذ الاجر يستلزم عدم التعدي والضمان
يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات وان امر بخياطة الثوب
قميصا فخاطه قباء خير المالك بين تضمين قيمته وبين اخذ القباء ودفع اجر
مثله قيل المراد بالقباء ههنا القرطق وهو الذي يلبسه العجم مكان القميص وهو
ذو طاق واحد والوجه فيه انه يستعمل استعمال القميص والقباء فثبت له الخيار
وفي غيره لا يثبت له الخيار بل يضمنه بالقيمة حتما وقيل يجري الجواب على اطلاقه
في الكل واطلاقه يدل على ذلك ووجهه ان القباء والقميص يتفاوتان في
المنفعة واجزاؤها واحد وهو الذيل والكم والدخريص وروى الحسن عن الامام
انه لا خيار لرب الثوب في الكل بل يضمنه قيمة الثوب لان القباء جنس اخر فصار
مخالفا له من كل وجه ووجه ظاهر الرواية انه قميص من وجه لانه يمكنه شده
والانتفاع به انتفاع القميص فصار موافقا من هذا الوجه وهو مخالف من حيث
التقطيع فيميل الى ايهما شاء فان مال الى الخلاف يضمنه قيمته وصار الثوب للخياط
وان مال الى الوفاق يأخذ القباء ويعطيه اجر مثله لا يزاد على المسمى لان صاحب
الثوب لم يرض بالمسمى الا مقابلا بخياطة القميص فاذا خالف فات رضاه فلا يجب
عليه المسمى والخياط لم يخطه مجانا فيجب عليه اجر مثله لا يجاوز به المسمى لان
المنافع لا تتقوم الا بالعقد او بشبهه وليس فيما زاد على المسمى عقد ولا شبهة فلا
فلا تتقوم ولا يجب وكذا لو امر بقباء فخاطه سراويل في الاصح اي يخير بين تضمين

قيمته

قيمته وبين اخذ السراويل للاتحاد في اصل المنفعة اعني ستر العورة ودفع الحر
والبرد فصار كما اذا دفع نحاسا فامره ان يصنع له شيئا من الاواني فصنعه له
خلافه فانه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وقيل يضمن هنا بلا خيار للتفاوت
في المنفعة والهيئة هذا قال في المحيط ان كفاني قميصا فاقطعه فقطعه فلم يكفه
فهو ضامن لان هذا اذن مشروط بشرط الكفاية وبدون الشرط لا يكون
مأذونا ولو قال هل يكفيني فقال نعم قال اقطع فلم يكفه فلا ضمان عليه لانه
امره بالقطع مطلقا غير معلق بشرط الكفاية لانه لم يذكر حرف التعليق فيكون
اذنا مطلقا لانه غره ومثله لا يوجب الضمان ولو قال انظر الى هذا الثوب هل
يكفيني قميصا فقال نعم قال فاقطعه واذا هو لا يكفيه قال ابو بكر البلخي انه يضمن
لان قوله فاقطعه الفاء فيه حرف تعليق فيقتضي شرطا فصار كانه قال ان
كان يكفيني فاقطعه انتهى **باب الاجارة الفاسدة** اعلم ان الاجارة
تفسد بامور منها الشروط الفاسدة وهي الشروط المفسدة البيع اعني شرطا
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وهذا لان المنافع تتقوم بالعقد
وتصير مالا فتعتبر الاجارة بالمعاوضة المالية اعني البيع دون ما سواها من
النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فاذا اعتبرت بالبيع كان ما يفسد البيع من
الشروط مفسدا لها ايضا الا ان بينها وبين البيع فرقا من جهة اخرى فان
الفاسد من البيع يملك المبيع بالقبض وفي الفاسد من الاجارة لا يملك
المنافع بالقبض حتى لو مات الاجر بعد قبض المستاجر في العين المستاجرة
بالاجارة الفاسدة وقد كان عجل الاجرة فالمستاجر احق بما عجله من الاجرة
بخلاف البايع فان المشتري لو قبض المبيع بالبيع الفاسد وادى الثمن ومات
البايع لا فالمشتري لا يستحق الثمن وليس للمستاجر اجارة فاسدة ان
يوجر العين المستاجرة الى اخر ولو بعد قبضها ولو اجرها يكون غاصبا عند
بعض المشايخ وللاجر الاول ان ينقض هذه الاجارة بخلاف البيع الفاسد
فان المشتري بالشراء الفاسد اذا باعه من اخر بيعا صحيحا ليس للاول نقض
هذا البيع بالاتفاق انما قلنا عند المشايخ كما في مسائل الشيوع من اجارات البزازية

والمستاجر اجارة فاسدة لو آجره من غيره اجارة صحيحة يجوز في الصحيح وقيل لا يملك
ذلك واستدلوا بما ذكر في الاجارات دفع اليه دارا ليسكنها ويرمّها ولا اجر
له فآجر المستاجر من غيره وانهدم الدار من سكنى الثاني ضمن اتفاقا لانه صار
غاصبا واجابوا عنه بان العقد في تلك المسئلة اعارة لا اجارة لان ذكر
المرمّة على وجه المشورة لا الشرط انتهى ثم الشروط المفسدة للاجارة قد
فصّلها في غاية البيان بعض تفصيل حيث قال والشروط التي تفسدها
كاشتراط تطيين الدار ومرمّتها او تعليق باب عليها او ادخال جذع في سقفها
او اشتراط كرى نهر في الارض او ضرب مسنّاة عليها او حفر بئرها او ان
يسرقنها او يردّها مكروبة على المستاجر فان كل ذلك تفسد الاجارة لانه جعل
هذه الاعمال من جملة الاجر ولانها مجهولة وجهالة بعض الاجر يوجب جهالة
الباقي فتفسد به الاجارة وكذلك لو استاجر رحى ماء على انه ان انقطع الماء
عنها فالاجر عليه لا يجوز لان قضية العقد ان لا تجب الاجرة الا عند التمكن من
الانتفاع فاذا شرط الاجرة مع عدم التمكن منه فقد غير مقتضى العقد فتفسد به
العقد وكذلك اذا تكارى دابة الى بغداد على انه ان رزقه الله تعالى شيئا
او رزقه من فلان شيئا اعطاه من ذلك شيئا وهذا فاسد لانه تعليق الاجرة
بالخطر لانه لا يدري ايرزق ام لا يرزق ولو تكارى دابة الى بغداد على انه ان بلّغه
فله اجر عشرة دراهم والا فلا شيء له فالاجارة فاسدة ايضا وكذلك
لو استاجر عبدا شهرا بالف على انه ان مرض عمل في الشهر الذي بعده بقدر
الايام التي مرض فيها لانه لا يدري اي مقدار من الشهر يمرض وهو يخالف مقتضى
العقد وكذلك كل شرط يوجب الجهالة في العقد يفسده انتهى ما في غاية
البيان وقال في البزازية لو استاجر دارا شهرا بعشرة على ان يسكن فيها يوما
فعليه العشرة او دابة الى خوارزم بعشرة على انه ان رجع من مرحلة كذا او من
قرية كذا فعليه كل الاجر فالاجارة فاسدة وان استاجر دابة على انه ان حمل
كذا فاجرها كذا وان حمل كذا فاجرها كذا او ارضا على انه ان زرع كذا فكذا او كذا
فكذا او دارا ان سكنها عطار فكذا وان سكنها حداد فكذا ففي رواية عن الامام

الاجارة

الاجارة فاسدة وهو قولهما وفي اخرى يجوز ولو استاجر دارا على ان لا يسكنها
فالاجارة فاسدة لان فيه نفعا لرب الدار ولا يقتضيه العقد انتهى فظهر مما ذكرنا
ان جملة الشروط المفسدة راجع الى الجهالة في العقد والى خلاف قضية العقد
وفي الجنس الثالث من اجارات الخلاصة رجل استاجر فرسا ولا يركبها او يربطها
على باب داره فيرى الناس ان له فرسا او آنية يضعها في بيته يتجمل بها ولا يستعملها
او دارا لا يسكنها لكي يظن الناس ان له دارا او عبدا على ان لا يستخدمه او دراهم
يضعها في بيته فالاجارة في جميع ذلك فاسدة ولا اجر له اذا كان الذي
يستاجره قد يكون ان يستاجر لينتفع به انتهى والحاصل ان كل عقد اجارة ينعقد
على منفعة غير مقصودة من العقد فاسد ومنها الشيوع الاصلي وذلك بان يوجر
نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير شريكه وانما فسد بالشيوع
لان المقصود منها الانتفاع وهو امر حسي لا يمكن بالمشاع ولا يتصور تسليمه بخلاف
البيع فان المقصود منه هو الملك وهو امر حكمي يمكن بالمشاع وانما قيّدناه بالاصلي
احترازا عن الشيوع الطارئ فانه لا يفسد الاجارة في ظاهر الرواية كما اذا آجر
كل داره ثم فسخا في النصف وكما لو استاجر من اثنين دارا ومات احد الآجرين
قبل المدة او فسخ في حصته تبقى في حصة الآخر ثم الشيوع الاصلي انما يفسد
الاجارة من الاجنبي واما من شريكه فلا يفسدها ومنها جهالة المسمى بان جعل الاجرة
ثوبا او دابة بلا تعيين وكذا جهالة المدة او العمل تفسدها قال في المحيط كل
جهالة تفسد البيع تفسد الاجارة ايضا لان الجهالة الممكنة في البدل او المبدل
او المدة تفضي الى المنازعة انتهى ومنها عدم التسمية بان يقول آجرتك داري
شهرا او سنة ولم يقل بكذا ومنها تأبيد المدة كما في الثاني من اجارات البزازية
قال آجرت ارضه الموقوفة مؤبدا او ابدا لم يجز انتهى الاول لجهالة المدة والثاني
للتأبيد ومنها تعيين العمل عليه كما لو استاجر الزوج زوجته لتخبز او تطبخ له فان
الخبز والطبخ يلزم على المرأة فلا يجوز وفي الخلاصة دفع الى رجل ثوبا وقال
له بعه بعشرة فما زاد فهو بيني وبينك قال ابو يوسف ان باعه بعشرة او لم يبعه
فلا اجر له وان تعب في ذلك وان باعه باثني عشر او اكثر فله اجر مثل عمله اذا تعب

في ذلك لانه عمل باجارة فاسدة فيستحق الاجر قال القاضي الامام وهذا اصح وبه
يفتى لانه مقابل بالبيع دون مقدماته اذا كان المعقود عليه البيع دون السعي كما هنا
وفروع كل نوع مذكور في الفتاوى ولا يساعده المختصر ثم شرع في بيان ما
يجب في الاجارة الفاسدة فقال يجب فيها اجر المثل لا يزاد على المسمى هذا ما ذكره
في القدوري والهداية والكنز وقال في قاضيخان الاجارة اذا كانت فاسدة
ووجب اجر المثل هل يجب بالغا ما بلغ ام لا ينظر ان كان فساد الاجارة بجهالة المسمى
من الاجر او لعدم التسمية يجب اجر المثل بالغا ما بلغ وان كان فسادها بحكم شرط
فاسد او نحو ذلك كان له اجر المثل ولا يزاد على المسمى انتهى وهكذا في البزازية ايضا
حيث قال ومتى فسدت الاجارة والفساد لعدم المسمى او جهالة الاجر يجب اجر
المثل بالغا ما بلغ ومتى فسدت بحكم شرط فاسد ونحوه مع كون المسمى معلوما
يجب اجر المثل ولا يجاوز به عن المسمى انتهى فمنه علم ان مراد المص لزوم اجر المثل
فيما اذا كان فسادها بشرط فاسد لا على اطلاقه فان قيل قد ذكر في العناية
والكفاية وغاية البيان ان الواجب في الاجارة الفاسدة بالشرط الفاسد
هو الاقل من اجر المثل والمسمى لا واحد منهما بعينه فهل هذا حكم اخر غير ما ذكره المص
وقاضيخان او هذا تفصيل لما ذكره المص وقاضيخان قلنا هو تفصيل له لان
مرادهم بالاقل هو اجر المثل الذي لا يزاد على المسمى اما اذا كان الاقل اجر المثل
فظاهر واما اذا كان الاقل هو المسمى فلان الواجب ليس المسمى بل اجر المثل ايضا
لكنه لما رضي بسقوط الزيادة على المسمى من اجر مثله الزمناه بمقدار المسمى
من اجر مثله ثم لا يخفى عليك ان ما ذكره المص اولى من ذلك التفصيل لان اجر
المثل لو كان مساويا للمسمى لا يصدق عليه ما ذكروه في هذا التفصيل
واما قول المص فيصدق عليه بلا كلفة هذا قول اصحابنا وقال زفر والشافعي
يجب اجر المثل بالغا ما بلغ بكل حال قياسا ببيع الاعيان فان البيع اذا فسد وجبت
القيمة بالغة ما بلغت لان المنافع بمنزلة الاعيان فيجب لها القيمة كما في الاعيان
وكما في الفساد لجهالة الاجرة او لعدم التسمية قلنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها
بل بالعقد لضرورة حاجة الناس اليه فيكتفى بقدر الضرورة وهي تندفع بالصحيح منها

فلا يتعدى الى الفاسد الا انه تبع للصحيح فيعتبر معه فيثبت فيه ما يثبت في الصحيح
من البدل عادة وهو قدر اجر المثل بالغا ما بلغ الا انهما اذا اتفقا على مقدار معين
في الفاسد فقد اسقطا الزيادة عليه فكان الواجب لزوم المستحق بالغا
ما بلغ لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على اجر المثل فاستحق
الواجب على ما هو الاقل من اجر المثل والمسمى اذا كانا مختلفين زيادة ونقصانا
بخلاف البيع لان العين متقوم بنفسه وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل
عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بكذا صح العقد في شهر وفسد في
الباقي للجهالة الا ان يسمي جملة الشهور مثل ان يقول عشرة اشهر كل شهر بكذا
وهذا لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف الى الواحد لتيقنه
ولتعذر العمل بالعموم لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصورة مجهول
ايضا ومحصورا ترجيح بلا مرجح فصح العقد في الواحد لكونه معلوما وفسد في
الباقي لكونه مجهولا كذا في الهداية وشروحه والزيلعي وقال في المحيط
السرخسي اختلف مشايخنا في جواز هذه الاجارة في الشهر الثاني قيل انها
فاسدة للجهالة الا انه اذا جاء الشهر الثاني ولم تفسخ الاجارة انقلبت جائزة لكونه
معلوما مثل الشهر الاول وكذلك في الشهر الثالث والرابع والصحيح ان الاجارة
في كل شهر جائزة لان كلمة كل تعم كل شهر وابتداء كل شهر وانتهاؤه معلوم فكما
جاز العقد في الشهر الاول جاز فيما عداه ايضا فاذا تم الشهر كان لكل منهما ان
ينقض الاجارة في الشهر الآتي وهل يلزم ان يكون النقض بحضرة من الاخر ولا
اختلف فيه المشايخ فمنهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول الح
ومحمد ويصح على قول ابي يوسف ومنهم من يقول لا يصح بغير محضره بلا خلاف
قال في قاضيخان رجل اجر داره او حانوته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما
ان يفسخ الاجارة عند تمام الشهر فان خرج المستاجر قبل تمام الشهر وخلف
امراته ومتاعه فيها لم يكن للآجر ان يفسخ الاجارة مع المراة لانها ليست بخصم
فان اراد ان يفسخ عند غيبة المستاجر قال بعضهم يواجر الدار من انسان
اخر قبل تمام الشهر فاذا تم هذا الشهر ينفسخ الاجارة الاولى وتنفذ الثانية

فيخرج المراة من الدار ويسلم الى الثانى وهو نظير ما قال ابو محمد رجل باع شيئا
على انه بالخيار ثلثة ايام ثم اراد ان يفسخ بحكم الخيار عند غيبة المشترى لا يجوز
ذلك وان باعه من غيره جاز وينتقض البيع الاول هذا اذا كان المستاجر
غائبا فان كان حاضرا وقد كان اجر داره كل شهر حتى تنفسخ الاجارة قال بعضهم
يقول المواجر للمستاجر فى الشهر الاول فسخت الاجارة التى بيننا فى دار كذا اذا
جاء راس الشهر وعامة المشايخ لم يجوزوا هذا الطريق لان فيه تعليق الفسخ بمجئ
الشهر وذا لا يجوز عند العامة كما لا يجوز تعليق الاجارة به وقال بعضهم يقول
المواجر فى اخر الشهر مرة بعد اخرى فسخت الاجارة حتى يهل الهلال وفيه من
الحرج ما لا يخفى وقال بعضهم يفسخ فى الايام الثلثة من الشهر الثانى اعتبارا بايام
الخيار وذلك باطل لان جواز ذلك فى البيع عرف شرعا بخلاف القياس فلا يقاس
عليه الاجارة وذكر شمس الائمة السرخسى ان لكل واحد منهما النقض عند راس
الشهر لان سكناها من الشهر الثانى يوما او يومين جاز ولو قال فسخت الاجارة
بيننا راس الشهر الثانى جاز ذلك لان اضافة الاجارة جائزة فكذلك اضافة
الفسخ وقال بعضهم يفسخ فى الليلة الاولى من الشهر الثانى ويومها وعليه الفتوى
انتهى وهو ظاهر الرواية على ما ذكره المص وكل شهر اى غير الشهر الاول سكن منه
ساعة اى بدون فسخ العقد الاول صح العقد اى فى ذلك الشهر لانه تم العقد
فيه بتراضيهما بالسكنى فى اوله وكذا كل شهر سكن فى اوله بعد هذا الشهر ايضا
فاذا صح فيه يلزمه الاجر المسمى ولا يكون لاحدهما الامتناع عن المضى للمستاجر
ان سكن فيه الى انقضاء الشهر وليس للموجر ان يخرجه الا بانقضاء الشهر سقوط
حق الفسخ والبداشا ربقوله وسقط حق الفسخ لان صحة العقد بنا فيه هذا
هو القياس واختاره القدورى وبعض المشايخ وظاهر الرواية بقاؤه اى بقاء
حق الفسخ لكل منهما فى الليلة الاولى ويومها من الشهر الداخل وفى الزيلعى
وبه يفتى لان فيما ذكره القدورى بعض الحرج لان فسخ العقد على هذا القول متعسر
لان المقصود هو الفسخ فى راس الشهر الثانى وهو عبارة عن الساعة التى يهل
فيها الهلال على هذا القول فكما اهل مضى راس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد

مضى مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجئ وقته وكلاهما لا يجوز الا بان يقول من
يريد الفسخ فى خلال الشهر الاول فسخت العقد راس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل
الشهر فيكون هذا فسخا مضافا الى راس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا الى
المستقبل فكذا فسخه واما على ظاهر الرواية فراس الشهر هو اليوم مع ليلته فى
العرف فيمكنهما الفسخ فيه هذا فيما اذا استاجر دارا كل شهر بكذا بخلاف ما اذا
استاجر دارا شهرا فسكن فيها شهرين فان فيه اختلافا ففى رواية الاصل
لا يلزمه اجر الشهر الثانى وقال بكر وعن اصحابنا انه يجب اجر الشهر الثانى
وروى عن الكرخى وابن سلمة التوفيق بين الروايتين بالحمل على المعد للاستغلال
وعلى غير المعد له من غير فصل بين الحمام والدار فقالوا اذا لم يكن معدا للاستغلال
لا يلزمه اجر الشهر الثانى وان كان معدا للاستغلال سواء كان دارا او حماما
او ارضا يلزمه اجر الشهر الثانى وقال الصدر الشهيد والامام قاضيخان وعليه
الفتوى هكذا ذكره فى قاضيخان والبزازية ثم ذكر فى البزازية ولا تصير
الدار معدة للاستغلال بالاجارة سنة او سنتين او اكثر الا اذا بناها
لذلك او اشتريها لذلك ولا تصير معدة للاستغلال فى حق المشترى
باعداد البايع للاستغلال ومن سكن دار الوقف او اليتيم باهله وابناعه
فاجر المثل على الرجل المتبوع رهن دارا لغيره وهى معدة للاستغلال فسكنها
المرتهن لا يلزم الاجر فان السكنى بتاويل الملك كيف سكنها احد الشركاء
بلا عقد لا يلزم وان كانت معدة للاستغلال وكذا السكنى بتاويل العقد
كعقد الرهن وبه افتيت وهل يصير الارض وحجر القصار ففى القنية والملتقط
انها يصيران معدة للاستغلال مثل الدار وكذا الحيوان مثل الابل والفرس
هكذا ذكره ثم ذكر فيها بعد اسطر والسكنى بتاويل ملك او عقد فى الوقف
لا يمنع لزوم اجر المثل وقيل دار اليتيم كالوقف واجاب نجم الائمة فى دار مشتركة
بين يتيم وبالغ سكنها البالغ كلها لا يجب اجر مثل حصة الصغير كما فى الكبيرين
بخلاف الوقف قيل له فما تختار فيمن سكن دار اليتيم غير الشريك بغير عقد قال
اختار عدم لزوم الاجر بخلاف الوقف وذكر قبل هذا والفتوى فى غصب

دور الوقف وعقاره على الضمان كما في منافعه وكذا اليتيم والامام ظهير الدين
افتى باجر المثل في الوقف لا في اليتيم ومن المشايخ من قال اذا كان ضمان النقصان
خيرا لليتيم من اجر المثل يلزم ذلك على الغاصب والا اجر المثل وكذا قاله محمد فيمن
سكن دارا او حانوتا للوقف واليتيم بعد الاجارة يجب خيرهما للوقف واليتيم
ثم ذكر فيها ايضا متولي الوقف باع الوقف ثم عزل ونصب اخر فادعى الثاني على
المشتري الساكن انه وقف واخذه بحكم القاضي فعلى المشتري اجر المثل سواء كان
معدة للاستغلال اولا قال السيد في الملتقط والاليق بمذهب اصحابنا
ان لا يجب الاجرة في البيع والرهن المستاجر اذا سكن بعد فسخ الاجارة بتاويل
ان له حق الحبس حتى يستوفي الاجر الذي اعطاه فعليه الاجرة اذا كانت
معدة للاستغلال في المختار وكذا في الوقف على المختار سكن المستاجر
بعد موت الموجر قيل يجب الاجر بكل حال لانه ماض على الاجارة والمختار للفتوى
عدم الاجر قبل طلب الاجر اما اذا سكن بعد طلب الاجر يلزم الاجر لانه بعد
طلب رب الدار الاجر يكون التزاما منه ولا فرق فيه بين المعد للاستغلال
وغيره وانما الفرق في ابتداء الطلب وفي المحيط الصحيح لزوم الاجر في المعد
للاستغلال بكل حال الكل في البزازية وقال في العمادية اشترى دارا وسكن فيها
ثم ظهر انها وقف او كانت للصغير يجب عليه اجر المثل صيانة للوقف والصغير هذا
في مال الصغير وهل يلزم الاجر في استعمال الصغير ايضا ففي البزازية
يتيم لا اب له ولا ام له ايضا استعمله اقرباؤه مدة في اعمال شتى بلا اذن
الحاكم وبلا اجارة له طلب اجر المثل بعد البلوغ ان كان ما يعطونه من الكسوة
والكفاية لا يساوي اجر المثل اخذ صبيا مع رجل يعمل معه فاتخذ له هذا الرجل
كسوة ثم بدا للصبي ان لا يعمل معه قال ان كان اعطاه كرباسا والصبي هو الذي
تكفل خياطته لم يكن للرجل على الكسوة سبيل قال في اجارات الاشباه و
ويستثنى من مال اليتيم مسئلة سكنت ام اليتيم مع زوجها في دار اليتيم ليس لها
ذلك ولا اجر عليها كذا في وصايا القنية وقال في احكام الصغار للاستروشني
من مسائل الاجارات سئل صاحب المحيط عن امراة لها ولد صغير وللصغير

دار

دار هل لها ان تسكن في دار ولدها قال ان لم يكن لها زوج لها ذلك بحكم الحاجة
وان كان لها زوج ليس لها ذلك لان سكناها واجب على الزوج فلا تكون محتاجة
الى السكنى وكذلك ان كان لها مال وان سكنتها بغير امر الزوج هل تأثم قال
نعم وهل يجب عليها اجر المثل قال ينظر ان كان للصغير يد قائمة بحيث يقدر على
المنع والتسليم بان كان الولد وله عشر سنين لا اجر عليها لانه لم يوجد التسليم
وان لم يكن للصغير يد بان كان اقل من عشر سنين يجب عليها اجر المثل على
جواب المشايخ اما على جواب الكتاب فلا اجر عليها لانها صارت غاصبة
والفتوى على جواب المشايخ وقال القاضي الامام فخر الدين جاز للام ان
تسكن دار ولدها الصغير وان كان لها زوج ولا يجب عليها اجر المثل واعلم
ان في مواضع يجب اجر المثل منها الاجارة الفاسدة يجب بالغا ما بلغ او ما
لا يزاد على المسمى على ما تقدم بيانه ومنها انه لو عمل له شيئا ولم يسم له شيئا
من الاجرة وكان الصانع معروفا بتلك الصنعة وجب اجر المثل على قول محمد
وبه يفتى ومنها في غصب المنافع اذا كان المغصوب مال اليتيم او وقف او معدا
للاستغلال فانه يلزم اجر المثل فيها على المفتى به ولا يسقط بشبهة الملك
او العقد في مال اليتيم والوقف ويسقط في المعد للاستغلال والكف
منافعها واما اذا غصب واحدا منها واجرها على اخر باجرة معلومة فعلى المشايخ
ما سمي من الاجرة للموجر الغاصب ويلزم الغاصب ان يرد ما قبضه من المسمى
على المالك المغصوب منه ومنها اذا فسدت الشركة بان كان المال لاحدهما
فقط والمساقات والمزارعة كان للعامل اجر المثل ومنها اذا انقضت مدة
الاجارة وفي الارض زرع فانه يترك باجر المثل الى الحصاد ومنها اذا فسدت
المضاربة فللعامل اجر مثله ومنها عامل الزكوة يستحق اجر مثل عمله بقدر ما
يكفيه واعوانه ومنها الناظر على الوقف اذا لم يشترط له الواقف فله اجر مثل
عمله اذا عين له القاضي والا فلا شيء له وقيل له اجر مثل عمله وان لم يشترط له
القاضي ومنها الوصي اذا نصبه القاضي وعين له اجرا بقدر اجر مثله جاز ومنها
القسام لو لم يستاجر معين له اجر مثل عمله ومنها القاضي يستحق اجر مثل كتابة

المحاضر والسجلات وكذا المفتي يستحق الاجر مثل كتابة الفتوى وان استأجرها اي
الدار لكل شهر بكذا صح العقد وان لم يبين قسط كل شهر لان المنفعة
صارت معلومة ببيان المدة والاجرة معلومة ايضا فيصح وان لم تقسم الاجرة
على اجزاء المدة فصار كما اذا استأجر شهرا بكذا بدون بيان قسط كل يوم فاذا
صح تقسيم الاجرة بين كل شهر على السواء لعدم المرجح وابتداء المدة اي مدة الاجارة
ما سمى اي ان وجد التسمية بان يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا والا
اي وان لم يسم شيئا من المدة فوقت العقد لان الاوقات كلها في حق الاجارة
سواء وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما اذا حلف لا يكلم فلانا
شهرا لانه لو لم يتعين ما يعقبه السبب لصار مجهولا فيبطل الاجارة والظاهر من
حال العاقل ان يقصد الصحة فيتعين عقيب العقد لعدم المزاحم له بخلاف ما
اذا قال لله علي ان اصوم شهرا حيث لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره ما لم يعينه
لان الاوقات في الصوم ليست كلها على السوية لان الليالي ليست بمحل له ولابد
له من النية عقيب النذر اذ لا يصير شارعا فيه بدون النية وربما لا يقترن
النية بالسبب فلا يتعين عقيب السبب بدون التعيين فان كان العقد حين يهل
على بناء المفعول اي يرى الهلال تعتبر شهور السنة بالاهلة لان الاهلة اصل
في الشهور العربية فمهما كان العمل به ممكنا لا يصار الى غيره والا اي وان لم يكن
العقد حين يهل بل في اثناء الشهر فبالايام عند الح كل شهر ثلاثون يوما فالسنة
ثلاث مائة وستين يوما وعند محمد الاول بالايام والباقي من الشهور
بالاهلة يكمل ما بقي من الشهر الاول من الايام من الشهر الثاني من شهور تلك
السنة وهي احد عشر شهرا بالاهلال لان الايام انما يصار اليها ضرورة والضرورة
في الاول دون ما عداه فيقتصر على محل الضرورة ويكمل من الاخير ولا الح ان
تمام الاول واجب ضرورة تسميته شهرا وتمامه انما يكون ببعض الثاني فاذا تم الاول
بالايام ابتداء الثاني بالايام ايضا ضرورة وكذلك الى اخر السنة لانا لو اعتبرنا
الاول بالايام والباقي بالاهلة وتممنا الاول من الاخير كما قال محمد لزم ان يكون
الثاني والثالث وما بعده من الاشهر قبل الشهر الاول لان وجود الشيء قبل تمامه

وهو

وهو محال فاعتبرناكلها بالايام نظيره ما قالوا في العدة من ان الطلاق ان كان
في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق
التفريق وفي حق العدة كذلك عند الح وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطة
بالاهلة وابو يوسف معه اي مع محمد في رواية ومع الامام في رواية اخرى
وكذا العدة وقد تقدم ويجوز اخذ اجرة الحمام اي من الدخل فيه للغسل والحجام
اما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس عدم الجواز للجهالة ولكنه ترك لاجماع المسلمين
على ذلك ولو دخل الحمام واعطى اجرة الحمام ولم يعط للحلاق والخادم شيئا ينظر
ان كانا اجيرين للحامي لا يلزمه اجرهما ان كانا يعملان له والا يجب اجرهما استاجر
حماما في قرية فوقع الجلاء ونفر الناس عنها سقط الاجر ولو نفر بعض الناس
وبقي البعض لا يسقط وان كان حماما للرجال وحماما للنساء او حدهما جميعا
الا انه سمى في الاجارة حماما جاز استحسانا قيل اذا كان باب الحمامين والدهليز
والحلجان ولو كان لكل باب لا يجوز وفي الخزانة يسوى بينهما وهو الصحيح وان انكسر
قدر الحمام سقط الاجر كذا في الخلاصة والبزازية ومسائل ضمان الحامي ذكرناها
في الوديعة واما الحجام فلما روي انه عم احتجم واعطى الحجام اجره ولانه استيجار
على عمل معلوم باجر معلوم بلا مانع فيصح وانما ذكرهما في الاجارة الفاسدة مع جوازها
لان لبعض الناس فيه خلافا حيث كره بعضهم غلة الحمام وبعضهم فصل بين حمام
الرجال وحمام النساء فكره حمام النساء دون الرجال وكذا اجرة الحجام والصحيح عند
العامة جواز دخول الحمام مطلقا للرجال والنساء بل حاجة النساء اليه اظهر من
الرجال وكذا اخذ اجرته كيف وقد صح ان النبي عم دخل حمام جحفة وتاويل ما رووه
من الكراهة في دخول الحمام محمول على الدخول مكشوف العورة وما رووه في
اجرة الحمام منسوخ عليها في محله لا اخذ اجرة عسب التيس ولا على الطاعات
كالاذان والحج والامامة وتعليم القران والفقه وكذا كل طاعة يختص بالمسلم
كالتدريس والوعظ عليها في البزازية لقوله عم اقرؤا القران ولا تاكلوا به
ولقوله عم لعثمان بن عاص وان اتخذت مؤذنا فلا ياخذ على الاذان اجرا ولان
القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا يعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر

عن غيره كما في الصوم والصلوة والمعاصي كالغناء والنوح والملاهي لانه استيجار
على المعصية فلا يستحق بالعقد ولو عمل لا اجر له وان استاجره ليكتب له غناء
بالفارسية او بالعربية او غيرها قيل لا يحل له الاجر والمختار انه يحل لان المعصية
في القراءة لا في الكتب ولو استاجرته امراة ليكتب لها كتابا الى حبيبها يجب
الاجر ويطيب له الاجر ان بين الشرائط وذكر اعداد الخط وقدره كذا في الخلاصة
والبزازية ويفتى اليوم بالجواز على الامامة وتعليم القران والفقه لظهور التواني
في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القران وانما كره المتقدمون
ذلك لانه كان للمعلمين في زمنهم عطيات من بيت المال وكانوا مستغنين عما
لا بد لهم من معاشهم وقد كان في الناس رغبة في التعليم حسبة لله
بخلاف زماننا فاذا جاز ذلك فان سموا الاجر فلهم المسمى والا فلهم اجر المثل
بخلاف قراءة القران بالاجرة للميت كما اعتاده الناس اذ لا ضرورة في قراءته
بالاجرة فلا يجوز قياسا على تعليم القران والفقه كما ظنه بعض الجهلة وجوزها
ولان الاجارة تمليك المنفعة ولا يمكن التمليك في القراءة للميت لان المطلوب
هنا وصول الثواب وهو من امور الاخرة ولا يقدر العبد تمليكه بل هو بمحض
فضل الله تعالى بخلاف التعليم لان فعل المعلم تحصيل المتعلم لسببية العلم فيستحق
الاجرة في مقابلته ولان القراءة عبادة بدنية محضة كالصلوة فلا يجوز اخذ
الاجرة كما في الصلوة اتفاقا بخلاف التعليم لان فيه جهتين حصول الثواب
للمعلم وحصول العلم للمتعلم فبالاعتبار الثاني يصح الاجرة دون الاول ويدل ايضا
على صحة ما قلنا ما ذكروا في كتاب الوصية فانه قال في المحيط السرخسي
اوصى لقارئ القران يقرا عند قبره بشيء فالوصية باطلة لان اخذ الشيء
للقراءة بمنزلة الاجرة على القراءة وذا لا يجوز وفي المحيط البرهاني لا معنى لهذه
الوصية لان هذا بمنزلة الاجرة والاجارة في ذلك باطلة وهو بدعة
ولم يفعلها احد من الخلفاء وقال في الاختيار واخذ الشيء للقراءة لا يجوز لانه
كالاجرة وفي البزازية اوصى لقارئ القران يقرا عند قبره بشيء فالوصية باطلة
وفي القنية وكذا الوقف لا يصح وقيل انه يصح ويجبر المستاجر على دفع ما سمى به

بمسمى

بمسمى وكذا على دفع اجر المثل فيما لا تسمية له وعلى دفع الحلوة المرسومة وكذا دفع
العيدي ونحو شيء منها على ما في البزازية ولا تصح اجارة المشاع سواء كان نصيبه
معلوما كالربع ونحوه او مجهولا الا من شريكه هذا عند الح وعندهما تصح مطلقا
اي من شريكه وغيره لان المشاع له منفعة ولهذا يجب اجر المثل عنده وما له منفعة
يصح ان يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقتضي موجودا
والمانع وهو عدم القدرة على التسليم مرتفعا لانه يمكنه بالتخلية او بالتهايؤ فصار
كما اذا اجر من شريكه وفي الزيلعي نقلا عن المغني الفتوى في اجارة المشاع على
قولهما ولا بي ح انه اجر ما لا يقدر على تسليمه لان تسليم المشاع وحده سواء
كان محتملا للقسمة كالدار او لا كالعبد غير متصور فلا تصح اجارته والتخلية لم تعتبر
تسليما لذاتها حيث اعتبرت بل لكونها تمكينا والتمكين هو الفعل الذي يحصل به التمكن
والتمكن في المشاع غير حاصل ولا معتبر بالعلة عند فوات المعلول واما التهايؤ
فهو من احكام العقد بواسطة الملك فيكون متاخرا عنه لان حكم الشيء يتاخر عنه
والعقد منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم فلا يمكن اثباته بالتهايؤ
المتاخر عنه بخلاف ما اذا اجر من شريكه فان الكل يحدث على ملكه فلا شيوع
يمنع التسليم والتسلم الا ان النصف بحكم الملك والنصف الاخر بحكم الاجارة
ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد الحاجة بخلاف الهبة والرهن حيث لا يجوز
في المشاع اصلا ولو للشريك لان المقصود في الهبة هو القبض التام وفي
الرهن هو الحبس التام وكلاهما لا يتصوران في الشائع ولو للشريك واما
المقصود الاصلي في الاجارة هو المنفعة وهو ليس بمتعذر وانما المتعذر هو
التسلم وذلك لا يوجد في حق الشريك ويجوز ان يكون الشيء للواحد وهو
الشيوع مانعا بحكم دون حكم وقال القاضي اجارة المشاع فيما يقسم وما لا يقسم
فاسد في قول ابي ح وعليه الفتوى وهكذا في فتاوى الصغرى وقال في
الحقائق الفتوى على قول ابي ح وما ذكره في الزيلعي نقلا عن المغني من ان الفتوى
في اجارة المشاع على قولهما شاذ ومجهول القائل كذا في فتاوى الانقروي
فان اجر داره من رجلين اي بعقد واحد صح اتفاقا لان العقد اضيف الى الكل

ولاشيوع فيه لوقوع التسليم جملة وانما الشيوع يظهر حكما لتفرق الملك فيما بينهما
وهو طارئ على التسليم والشيوع الطارئ على التسليم لا يفسد العقد وكذا اذا مات
احد المستاجرين بقي العقد في نصيب الحي شايعا لكونه طاريا وانما ينفسخ العقد
في نصيب الميت وهذا لان الشيوع انما كان مفسدا لكونه مانعا من القبض
ولا حاجة اليه بعد القبض ولو اجر رجلان دارا مشتركة بينهما من رجل جاز ايضا
لما ذكرناه في عكسه وكذا لو مات احد الموجرين يبقى العقد في نصيب الحي
وينفسخ في نصيب الميت لما ذكرناه وكذا لو اجر كل داره ثم فسخا العقد في نصفه
يجوز في الباقي بلا خلاف في ظاهر المذهب لكون الشيوع طاريا وعن
الامام ان الشيوع الطاري يرفع كما ان الشيوع المقارن يمنع ويجوز استيجار
الظئر باجر معلوم لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن يعني بعد الطلاق
ولان التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله وقبله واقرهم عليه بخلاف
استيجار شاة ليرضع صبيا وجديا فانه لا يجوز لعدم العرف والتعامل به كذا
في البزازية ثم اختلفوا في المعقود عليه فقيل هو المنافع وهو خدمتها للصبي
والقيام بأموره وتلقيم ثديها واللبن تبع له كالصبغ في الثوب واختاره
صاحب الهداية والذخيرة والايضاح وقيل هو اللبن والخدمة تابعة واختاره
شمس الائمة السرخسي مستدلا بان المقصود هو اللبن وما سوى ذلك
من الخدمة والقيام بمصالح الصبي تبع والعقد يرد على المقصود الاصلي ويؤيده
ما قالوا انها لو ارضعته بلبن شاة او اطعمه بطعام لا تستحق الاجر على ما سيجيء
به النص قالوا والاقرب الى الفقه هو الاول لان عقد الاجارة لا ينعقد على
اتلاف الاعيان قصدا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها ولانا نقول ان المقصود هو
اللبن بل المقصود هو الارضاع وتلقيم الثدي وانتظام امر الصبي على وجه خاص
يتعلق بامور وسايطها اللبن وانما لا تستحق الاجر فيما لو ارضعته بلبن
شاة او اطعمه بطعام لانها لم تات بالواجب وهو الارضاع وتلقيم ثديها فان قيل
ان ابن سماعة روى عن محمد انه قال ان استحقاق لبن الادمية بعقد
الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز

استحقاقه بعقد الاجارة فهذه الرواية عنه دليل على القول الثاني فكيف يرجحون
الاول بعد هذه الرواية عن امام الفن اجيب عنه بانه ليس بظاهر الرواية ولو سلم
فنحن ما منعنا ان يستحق اللبن بعقد الاجارة وانما الكلام في استحقاقه من
حيث كونه مقصودا او تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك وكذا اي
يجوز استيجار الظئر بطعامها وكسوتها كما جاز باجر معلوم كسائر الاجارات عند ابي ح
خلافا لهما حيث قالا لا يجوز استيجارها بطعامها وكسوتها كما لا يجوز استيجار
الطباخة بطعامها وكسوتها وهو قول زفر والشافعي ايضا وهو القياس لان
الاجرة وهو الطعام والكسوة مجهولة ولابي ح ان العادة جارية بالتوسعة
على الاظآر شفقة على الاولاد وذلك يرفع الجهالة بخلاف استيجار الطباخة
والخبازة بطعامها وكسوتها لان الجهالة فيها تفضي الى المنازعة لان العادة
في امثالها المماكسة والمضايقة لا التوسعة وذكر في الجامع الصغير
ان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها جاز اي بالاجماع
لزوال الجهالة وقالوا معنى قوله سمى الطعام دراهم ان يجعل الاجر دراهم ثم يدفع
الطعام مكانه فيكون معناه ان يسمي بدل الطعام دراهم بحذف المضاف ولكنه
تاويل بغير ظاهر من عبارته ولو سمى الطعام وبين قدره وجنسه جاز بالاجماع
لزوال الجهالة ولا يشترط تاجيله لان المقدرات الموصوفة في الذمة اثمان
ولا يشترط في الثمن ان يكون موجلا بل يجوز حالا وموجلا ويشترط بيان
مكان الايفاء عند ابي ح خلافا لهما على ما تقدم في السلم وفي الكسوة يشترط
بيان الاجل ايضا مع بيان الجنس والقدر لانه انما يثبت دينا في الذمة اذا صار
مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم فيشترط فيه ما يشترط في
السلم وعليها اي على الظئر غسل الصبي وغسل ثيابه واصلاح طعامه ودهنه
لان هذه المنافع معقود عليه اما قصدا على ما اختاره صاحب الهداية والذخيرة
والايضاح او تبعا على ما اختاره الامام السرخسي وعلى القولين لا بد منها لا ثمن
شيء منها اي من ثياب الصبي وطعامه ودهنه لعدم دخوله في العقد اصلا
بل هو اي ثمن كل من هذه الاشياء واجرها اي اجر الظئر على من نفقته اي نفقة

الصبي عليه وهو الاب ومن بعده من العصبات على الترتيب المعهود وقد مر في باب
الاولياء فان ارضعته في المدة اي مدة الاجارة بلبن شاة او غذته بالغين
والذال المعجمتين من التغذية والضمير المنصوب للصبي بطعام فلا اجر لها لعدم
اتيانها بالواجب وهو الارضاع وتلقيمه ثديها وفي كلامه اشتباه لان قوله وعليها
غسل الصبي وغسل ثيابه المحوله ودهنه يدل على ان المعقود عليه قصدا هو
المنافع المذكورة على ما اختاره الفرقة الاولى وقوله فان ارضعته في المدة
المحوله فلا اجر لها يدل على ان المعقود عليه قصدا هو اللبن على ما اختاره الفرقة
الثانية لان هذا التفريع انما يظهر على قولهم على ما ذكرناه ولو اتى بالواو بدل
الفاء لكان اظهر ولزوجها اي زوج الظئر وطيها لانه حقه فلا يمكن المستاجر
ابطاله الا في بيت المستاجر لان المنزل له فيتمكن منعه وله اي للزوج فسخها اي
عقد الاجارة للظئر ان لم يكن برضاه ان كان نكاحه ظاهرا بين الناس
والقياس ان يفسخها مطلقا لان له ان يمنعها من الخروج وان يمنع الصبي من الدخول
عليها ولان الارضاع والسهر بالليل يضعفها ويذهب جمالها فكان له المنع منها كما
يمنعها من الصوم تطوعا لكنه لما اسقط حقه برضاه بالاجارة لم يكن له حق
الفسخ ح فبقي فيما لم يرض على القياس سواء كان يشينه اجارتها بان كان وجيها
بين الناس او لا يشينه في الاصح عليها في الزيلعي لا ان اقرت به اي ليس
له الفسخ ان ثبت النكاح بينهما باقرارها وكذا باقرارهما ايضا لانهما لا يصدقان
بقولهما في حق المستاجر كما اذا اقرت المنكوحة المجهولة بالرق لانسان
تصدق في الرق لا في حق بطلان النكاح ولاهل الطفل من ابيه او امه
او غيره فسخها ان مرضت الظئر او حبلت لان لبن الحامل والمريضة يضر للولد
والاجارة مما تفسخ بالاعذار وكذا له الفسخ لو تقيأ الصبي لبنها لانه يضر الصبي
وكذا لو كانت سارقة او فاجرة بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها من اعتقادها
ولا يضر ذلك للطفل وفي البزازية لو استاجر مطلقة الرجعي او امراته
لارضاع ولده ولا اجر لها والمعتدة من باين او ثلث في ظاهر الرواية يستحق
وفي رواية لا استاجر الرجل امه او بنته او اخته لارضاع ولده جاز وكذا كل

ذات رحم محرم استاجر معتدته بعد انقضاء عدتها جاز ثم تزوجها لا ترتفع مسئلة
ترضع ولد الكافر بالاجر جاز استاجر مدبرته للارضاع او للخدمة او للطبخ او
لعمل اخر لا يجوز وفسد استيجار حائك لينسج له غزلا بنصفه او حمار ليحمل عليه
طعاما بقفيز منه او ثور ليطحن له برا بقفيز من دقيقه لان النبي عم نهى عن
قفيز الطحان وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها ومسئلة
الحائك وحمل الحمار في معناه في جعل الاجرة بعض ما يخرج من عمله وهو المعنى
في النهي عن قفيز الطحان لان المستاجر لا يقدر على تسليم الاجرة لانها بعض عمل
الاجير فلا يحصل الا بعمله والشخص لا يقدر بقدرة غيره والحيلة في جوازها
ان يشترط ذراع ثوب مطلقا او قفيزا مطلقا من غير ان يشترط انه من الثوب
المنسوج او من المحمول على الدابة او من المطحون فيجب في ذمة المستاجر ثم
يعطيه منه ومشايخ بلخ جوزوا نسج الثوب ببعض المنسوج وحمل الطعام ببعض
المحمول للتعامل بينهم وقالوا ان القياس قد يترك بالعرف كالاستصناع فانه
ترك فيه القياس للتعامل فترك فيها ايضا القياس على مسئلة قفيز الطحان
للعرف ولئن قيل ان عدم جوازها ليس بالقياس عليها بل بدلالة نص النهي عن قفيز
الطحان قالوا دلالة النص قد يخصص ايضا بالعرف فخصصناه به ومشايخنا
قالوا ان القياس والنص قد يترك ويخص بالعرف العام لا العرف الخاص في
والعرف في هاتين المسئلتين خاص ببلدهم لا جميع البلدان كما في الاستصناع
فلا يترك به القياس ولا يخص به دلالة النص على ان الدلالة لا عموم لها حتى
يخص لان العموم والخصوص من احوال الالفاظ على ما عرف في الاصول ويجب
اجر المثل اي بعد العمل في الكل اي في كل من المسائل المذكورة لان المستاجر
استوفى منافعه في كل من الثلثة بعقد فاسد فيجب اجر مثله لا يجاوز
المسمى لانه رضي بحط الزيادة بخلاف ما اشتركا في الاحتطاب واحتطب
احدهما وجمع الاخر فانه يجب اجر المثل بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى وهو نصف
الحطب هناك غير معلوم فلم يصح الحط وعند ابي يوسف لا يجاوز باجره نصف
ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك واما اذا احتطبا معا وجمعا معا

فيها شريكان على السواء وبخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر اصلا لا المسمى ولا اجر المثل لان المستأجر ملك الاجير اجرته في الحال بالتعجيل لان تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الاجرة على ما مر فصار الموجر حاملا طعاما مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا بينهما لا يجب الاجر اصلا على ما سيأتي بيانه والاصل ههنا ان المستأجر متى جعل المنسوج والمحمول والمطحون كله لنفسه وشرط له الاجر من المنسوج والمحمول والمطحون فسدت الاجارة للمعنى الذي ذكرناه فيجب اجر المثل بعد العمل وهو مسئلة الكتاب ومتى جعل بعض المنسوج او المحمول له والبعض الباقي اجرة بطلت الاجارة فلا يستحق الاجر اصلا ولو بعد العمل كالمسئلة التي ذكرناه حتى لو قال احمل هذا الكر الى بغداد بنصفه فيما ذكرناه بالنصف الاخر اشارة الى هذا وان استأجره ليخبز له اليوم قفيزا بدرهم فسد العقد عند ابي حنيفة خلافا لهما لان المعقود عليه هو العمل على ما يدل عليه ذكره وهو معلوم فيصح العقد عليه حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمل في الغد ايضا لان المقصود هو العمل وذكر الوقت للتعجيل لا لتعليق العقد به ولابي حنيفة ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يدل على انه هو المنفعة وذكر العمل يدل على انه هو العمل وليس احدهما اولى من الاخر والجهالة المفضية الى النزاع تفسد العقد وههنا كذلك لان نفع المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فتنازعا وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتفاوت الاغراض فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون المنفعة مطلوبة فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم حيث ان اباح اجاز الشرط الاول وجعل الوقت للتعجيل على ما سيأتي هو ونظائره وكذا بينها وبين ما اذا استأجر رجلا ليخبز له قفيز دقيق على ان يفرغ عنه اليوم فانها جائزة بالاجماع قلنا الفرق بينها وبين الاولى ان نقصان الاجر للتاخير في المسئلة الاولى قرينة صارفة للوقت عن حقيقته الى مجازه وهو التعجيل وليس في مسئلتنا قرينة كذلك حتى يراد به فيها التعجيل وبينها وبين الثانية ان كلمة على

فيها

بمعنى الشرط فيجب جعله شرطا دل على ان مراده التعجيل بخلاف مسئلتنا ولو قال في اليوم صح اتفاقا قالوا لان في للظرف والظروف قد لا يستغرق المظروف فكأنه قال ان عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق الوقت فيصلح ان يكون معقودا عليه ولزم الجهالة وان استأجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها صح العقد لان الزراعة تستحق بالعقد ولا يتأتى الا بالكراب والسقي فكانا من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد وعلى ان يثنيها من الاثناء وهو ان يعيد الحرث بالحارث بعد الحرث الاول وقيل المراد به ان يرد الارض مكروبة او يكري نهرها او يسرقنها لا يصح لان هذه شروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحد العاقدين لبقاء اثره بعد انقضاء المدة وما هذا شانه يوجب الفساد ولان موجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه ثم ان كان المراد بالتثنية هو المعنى الثاني فظاهر انه ليس من مقتضيات العقد وان كان الاول فيجب ان يكون هذا في موضع يخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة سنة لانه اذا كان في موضع لا يخرج الارض الا بالكراب مرتين او كانت تخرج بالكراب مرة الا ان مدة الاجارة كانت ثلث سنين فانه لا يفسد العقد به لان الاول من مقتضياته والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره بعد المدة لانقضاء الاثر في السنة الثالثة وهل ينقلب العقد صحيحا بالوفاء بالشرط قلت لا كما افتى به مشايخ الاسلام وبه افتيت وهل يجوز الاجارة بشرط الخيار ثلثة ايام واريد في البزازية استأجر على انه بالخيار ثلثة ايام يجوز وعلى اكثر على الخلاف انتهى وكذا اي لا يصح الاستيجار للزراعة بزراعة او للركوب بركوب وللسكنى بسكنى وللبس بلبس لان الاجارة تجوز على خلاف القياس للحاجة اليها ولا حاجة عند اتحاد الجنس لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة فيبقى على الاصل فلا يجوز بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة كالركوب واللبس لان حاجة كل منهما الى المنفعة التي ليست عنده باقية ثم اذا فسد العقد في الامور المذكورة يجب اجر المثل بعد الاستيفاء في ظاهر الرواية

وعن ابي يوسف انه لا شيء عليه وقال الثنا في تجوز الاجارة في كلها ولو بجنسها
لان المنفعة عنده جعلت موجودة بالعقد فيكون بيع الموجود بالموجود وان استاجر
شريكه او حماره اي حمار شريكه لحمل طعام هو لهما اي مشترك بينهما لا يلزم الاجر لا المسمى
ولا اجر المثل لانه استاجر لحمل نصيبه اذ لا يتصور استيجار لحمل نصيب شريكه
وهو ظاهر ونصيبه غير معين لكونه شايعا فاستيجاره هذا كان استيجار العمل
لا وجود له لان الحمل لكونه فعلا حسيا لا يقع الا على معين وقد عرفت ان نصيبه
غير معين فكان المحل معدوما وبانعدام المحل ينعدم العقد ايضا فكان الحمل معدوما
فبطل استيجاره ولان حامل الشايع ما يحمل جزءا الا وهو شريك له فيه فكان
عاملا لنفسه فلم يستحق اجرا على غيره لعدم تحقق التسليم اليه بخلاف الدار المشتركة
فان المعقود عليه ثمة المنفعة ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام فيه فانه اذا سلم
البيت ولم يضع فيه الطعام اصلا وجب عليه الاجر واما المعقود عليه فيما نحن فيه
هو العمل وتسليمه في الشايع غير متصور وبخلاف العبد المشترك فان المعقود عليه
هناك انما هو نصيب صاحبه وهو امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع فالضابط
هنا ان كل موضع لا يجب فيه الاجر الا بايقاع عمل في العين المشترك لا يجب
وكل موضع لا يكون كذلك كالدار المشتركة والسفينة المشتركة لحمل الطعام
المشترك كراهن استاجر الرهن من المرتهن فانه لا يجوز لانه ملكه والمرتهن ليس
بمالك حتى يوجره منه ولان حقيقة الاجارة هي تمليك المنافع ولا يملك تمليكها
اذ التمليك من غير المالك محال والراهن انما يتمكن من الانتفاع به من حيث انه
مالك له اذ الملك هو المطلق للتصرف الا انه ممنوع منه لتعلق حق المرتهن فاذا
بطل في الايجار له صار منتفعا به على انه ملكه بزوال المانع وفي الحاوي
القدسي لا يجوز اجارة الرهن من الراهن ولا من المرتهن ولا من الاجنبي فان اجر
خرج عن كونه رهنا ولا يعود اليه الا بعقد جديد انتهى وان استاجر ارضا
ولم يذكر انه يزرعها او لم يبين ما يزرعها لا يصح ان لم يعمم لانه يصير المعقود عليه
مجهولا لان الارض كما تستاجر للزراعة تستاجر لغيرها ايضا كالبناء والغرس
وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض اكثر من غيره كالعدرة والارز

فان

فان ضررها اكثر من الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد لافضائها
الى المنازعة فلا بد من ان يبين اي نوع يزرع فيها او ان يقول ما يزرع فيها باذن يقول
على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض اليه الخيرة ارتفعت الجهالة المفضية الى
النزاع فان زرعها ومضى الاجل عاد صحيحا وله المسمى هذا استحسان والقياس
انه لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان
ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا سقط الاجل المجهول
قبل مجيئه والخيار الزائد على ثلثة ايام قبل مجيء اليوم الرابع وهما على الخلاف
بيننا وبين زفر وان استاجر حمارا الى مكة ولم يذكر ما يحمل عليه فحمل المعتاد
فنفق اي هلك لا يضمن لان العين امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة
فاسدة لان الفاسد معتبر بالصحيح لكونه مشروعا من وجه لانه مشروع
باصله دون وصفه فلا يضمن ما لم يتعد فاذا تعدى ضمن والاجر عليه كما في
الصحيح وان بلغ مكة فله المسمى لان الفساد كان لجهالة ما يحمل عليها فاذا حمل
عليها شيئا يحمل على مثلها تعين ذلك فانقلب صحيحا لزوال الموجب للفساد وان
اختصما قبل الزرع اي في اجارة الارض والحمل في اجارة الدابة نقضت الاجارة
للفساد اي رفعا للفساد لان الفساد قائم قبل ان ترتفع الجهالة بالتسليم بالزرع
والحمل ولو استاجر دابة ثم جحد الاجارة في بعض الطريق وجب عليه اجر ما
ركب قبل الانكار ولا يجب الاجر لما بعده عند ابي يوسف لانه بالجحود صار غاصبا
والاجر والضمان لا يجتمعان وقال محمد يجب الاجر كله لانه سلم من الاستعمال
فسقط الضمان كذا في الزيلعي وقال في البزازية استاجر دابة ليحج بها
كل بلدهم ان يبين ما يحمله يجوز والا ذكر شمس الائمة الجواز وشيخ الاسلام
عدمه حتى يبين ما يحمل وبه يفتى اكترى من خوارزم الى بغداد دابة ليحج عليها
ثم تنازعا في وقت الخروج يؤخذ بقول مريد الخروج في الوقت المعتاد الذي
يخرج فيه اهل خوارزم **فصل** الاجير المشترك من يعمل لغير واحد اعلم ان
الاجراء على نوعين اجير مشترك واجير خاص ويقال له اجير وحد ايضا
واختلفت عباراتهم في تعريفهما قال بعضهم الاجير المشترك من يعمل لغير واحد

والاجير الخاص من يعمل لواحد وقال الشارح الزيلعي معنى قولهم من يعمل لغير واحد من
لا يجب عليه ان يختص بواحد عمل لغيره اولم يعمل ولا يشترط ان يكون عاملا
لغير واحد بالفعل بل اذا عمل لواحد ايضا فهو ايضا مشترك اذا كان بحيث
لا يمتنع ولا يتعذر عليه ان يعمل لغيره ايضا وقال بعضهم الاجير المشترك
من يتقبل العمل من غير واحد والاجير الخاص من يتقبل العمل من واحد وهو قريب
من الاول وقال بعضهم الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم
والاجير الخاص من يكون عقده واردا على منافعه في مدة او مسافة معينة
توضيح هذا القول ما ذكره الكرخي كل من يستحق الاجر بعمله دون تسليم نفسه
اجير مشترك كالقصار والصباغ والخياط وكل من يستحق الاجر بالوقت دون
العمل فهو اجير خاص كرجل استاجر رجلا ليخدمه شهرا بخمسة دراهم او كل
شهر بخمسة دراهم او ليقصر معه او ليخيط معه سماه كل شهر بكذا وكذا حاصله
ان العقد في الاجير المشترك انما يقع على تسليم العمل لا على تسليم النفس وفي
الاجير الخاص يقع على تسليم النفس في المدة المعلومة او المسافة المعلومة
لا على تسليم العمل وقال القدوري الاجير المشترك من لا يستحق الاجر حتى يعمل
والخاص من يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل واعترض عليه
بان هذا التعريف دوري لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك
والخاص فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف فيلزم الدور وبانه
تعريف بالمفرد لان قوله من لا يستحق الاجر حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد
لا يصح عند المحققين واجيب عن الاول بانه قد علم من قبل في باب الاجر
من يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفة المعرف
على معرفة المعرف فلا دور تامل وعن الثاني بانه تعريف لفظي فلا يضر كونه
مفردا اذا عرفت هذا فالمصنف عرفه اولا بقوله من يعمل لغير واحد ثم جعل ما
ذكره القدوري حكما من احكامه وعطف على تعريفه فقال ولا يستحق الاجر
حتى يعمل وهذا لما ذكرناه انفا ان عقده انعقد على العمل لا على تسليم نفسه
ثم مثله بقوله كالصباغ والقصار وكذا النخاس والدلال كذا في العناية نقلا

عن

عن التجريد وكذا الخياط اجير مشترك على ما في العناية ايضا واما الراعي والبقار
ففي قاضيخان والعمادية والفصولين ذكر محمد اذا استاجر راعيا او بقارا او قال
استاجرتك لترعى غنمي هذه سنة كل شهر بكذا يكون الراعي والبقار اجيرا
مشتركا الا اذا صرح بما هو حكم اجير وحد بان قال على ان ترعى معها غنم غيري
فيكون اجير وحد ولو اورد العقد على المدة اولا بان قال استاجرتك
شهرا بكذا لترعى غنمي كان اجير وحد الا ان يذكر بعد ما هو حكم الاجير المشترك
بان قال على ان لك ان ترعى مع غنمي غنم غيري فيصير اجيرا مشتركا ويتغير
اول كلامه باخره ثم قال وكذا الحكم في حق من كان في معنى الراعي ثم على
تقدير كون الراعي اجير وحد لو ماتت من الاغنام واحدة لا يضمن ولا ينقص
من الاجر شئ فيما لو ماتت الاغنام كلها وعلى تقدير كونه اجيرا مشتركا لو ماتت
من الاغنام غنم لا يضمن عندهم جميعا ثم الاجير الخاص قد يكون لواحد
وقد يكون لاثنين او ثلثة فان كان لواحد لا يضمن ما هلك في يده الا
بالتعدي والخلاف وان كان لاثنين او ثلثة يضمن ما هلك في يده مطلقا
على ما سياتي تفصيله واختلفوا في حارس الخان والحمام والسوق باجر
قيل انه اجير مشترك وقيل انه اجير خاص وفي العمادية وهو الصحيح وعليه الفتوى
والصائغ والنجار والبناء والعلاف والوراق والنساج والطباخ والملاح
والحداد والجمال والطحان والمكاري كلها اجير مشترك والمتاع في يده اي
يد الاجير المشترك امانة لا يضمن ان هلك وان وصلية شرط ضمانه وبه اي
بعدم الضمان يفتى وهو المروي عن علي وهو قول الح وزفر والحسن قالوا انه
لا يضمن سواء هلك بامر يمكن التحرز عنه او لا يمكن التحرز عنه وهو القياس
قال في الفصل الثاني عشر من اجارة الخلاصة الاجير المشترك كالقصار
وغيره اذا ادعى رده على الاجر لا يصدق الا ببينة كذا روى هشام عن
محمد وهذا الجواب مستقيم على قول من يرى يد الاجير المشترك يد ضمان
فاما من يرى يده يد امانة وهو ابوح يقبل قوله كالمودع انتهى وعندهما وهو
المروي عن عمر يضمن ان امكن التحرز منه كالغصب والسرقة بخلاف ما لا يمكن

التحرز عنه كالموت والحريق الغالب والعدو المكابر والغارة الغالبة ولاجل اختلاف
الصحابة والتابعين اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف وافتيت به مرارا
قال في العمادية نقلا عن اجارات الجامع عن ابي بكر انه اذا شرط على الاجير
المشترك ان يضمن لو هلك عنده يضمن في قولهم جميعا وانما لم يضمن عند ابي حنيفة
اذا لم يشترط عليه الضمان واما اذا شرط عليه ذلك يضمن وقال الفقيه
ابو جعفر الشرط وغير الشرط سواء لان اشتراط الضمان على الامين باطل
وبه نأخذ انتهى ولهذا اختاره المصنف ويضمن ما تلف بعمله اتفاقا كتخريق الثوب
من دقه وذكر في العمادي نقلا عن العيون لو دفع الى القصار ثوبا ليقصره له
بدانق فجعل يدقه القصار فاستعان برب الثوب على دقه فدقه معه
فتخرق الثوب قال محمد اذا لم يعلم من ايهما تخرق فالضمان على القصار لانه في
يده وذكر الكرخي في مختصره روى بشر عن ابي يوسف القصار اذا استعان
بصاحب الثوب ان يدق معه ففعل وتخرق ولا يدري من اي الدقين تخرق
وقد كان صحيحا قبل الدق فعلى القصار نصف القيمة وقال ابن سماعة عن محمد
يجب كل الضمان على القصار حتى يعلم انه تخرق من دق صاحبه اعتبر ابو يوسف
حالة الشك انه من ايهما ومحمد اعتبر قبض القصار وقال صاحب الذخيرة على
قول ابي حنيفة ينبغي ان لا يضمن القصار اصلا ما لم يعلم انه تخرق من دقه لان
يد الاجير المشترك يد امانة عنده ويد ضمان عندهما او يكون قوله كقول
ابي يوسف اعتبارا للاحوال واذا لم يتخرق الثوب هل يسقط من الاجر مقدار ما
يخصه من عمل المالك قيل انه يسقط وقيل لا يسقط والصحيح هو الاول واختاره شمس
الائمة وكذلك لو جاء صاحب الثوب وخاط بعضه مع الخياط ونسج بعض
ثوبه مع النساج فانه يسقط من الاجر بقدر عمله على الصحيح ولو جفف القصار
الثوب فمرت به حمولة فمزقته لا ضمان عليه عند ابي حنيفة لان الهلاك لم يكن من
فعله وعندهما يضمن لان هذا مما يمكن التحرز عنه هذا في دق القصار بنفسه
واذا دق اجير القصار ثوبا من ثياب القصارة فخرقه او عصره فتخرق لا ضمان
عليه لان اجير القصار لا يضمن ما تخرق من عمله المأذون فيه الا ان يخالف

لانه

510

لانه اجير وحد في حق القصار ولم يخالف والاستاذ ضامن لان عمل الاجير
منقول اليه لانه عمل باذنه وان وطئ ثوبا فتخرق ان كان ثوبا يوطأ مثله لا ضمان
عليه بذلك لانه ماذون فيه من جهة الاستاذ دلالة وان كان لا يوطأ
مثله يضمن سواء كان الثوب ثوب قصارة او لم يكن لانه غير ماذون بوطئ ما
لا يوطأ مثله من جهة الاستاذ ولو حمل شيئا في بيت الاستاذ باذنه فسقط
على ثوب فتخرق ان كان من ثياب القصارة لا يضمن الاجير ويضمن الاستاذ
وان لم يكن من ثياب القصارة يضمن الاجير وفي الوطئ يضمن في الحالين
اذا كان ما لا يوطأ مثله تلميذ القصار او اجيره الخاص اذا اوقد نارا بامر الاستاذ
للسراج فوقعت شرارة على ثوب لا ضمان على الاجير والتلميذ انما الضمان على الاستاذ
وان لم يكن من ثياب القصارة ضمن الاجير اجير القصار واذا انفلتت منه المدقة فافسد
من الثياب فوقعت على ثوب فتخرق اما ان انفلتت اولا على الثوب قبل ان تقع
على الخشبة التي يدق عليها او انفلتت بعد ما وقعت على الخشبة ففي الوجه
الاول يجب الضمان على اجير القصار وفي الوجه الثاني يجب الضمان على القصار
قصار شمس ثوب القصارة فاحترق كان ضامنا وكذا اذا عصر الثوب فتخرق
وان فعل ذلك تلميذ القصار ولم يتعمد الفساد لا يضمن هو ويضمن الاستاذ
والحاصل ان تلميذ القصار وسائر الصنايع واجيرهم لا ضمان عليهم الا اذا تعمدوا
فيه وفيما لم يتعمد وافيه يضمن الاستاذ ولا يرجع عليهم ومن هنا قالوا قصار
سلم ثياب القصارة الى اجيره ليشمسها في المقصرة ويحفظها فنام الاجير
ثم رجع بالثياب وقد ضاع منها خمس قطع ولا يدري كيف ضاعت ومتى
ضاعت ينظر ان لم يعلم انه ضاع في حال نومه والضمان على القصار دون
الاجير لعدم تحقق التعدي من الاجير وان علم انه ضاع في حال نوم الاجير فالاجير
ضامن لتعديه بترك الحفظ الواجب عليه وقيل ان شاء صاحب الثوب
ضمن القصار في الوجهين جميعا اخذا بقول الامامين في الاجير المشترك
واما على قول ابي حنيفة لا ضمان على القصار فيه لان الهلاك لم يكن من عمله قال الفقيه
ابو الليث وبه نأخذ وعليه الفتوى قصاران يتقبلان الثياب من الناس فترك

لاحدهما العمل و دفع الثياب الى الاخر و ذهب فضاع شئ لا يضمن الثاني ولا الاول
بالدفع الى الثاني بخلاف ما اذا كان الاول مودعا فان المودع يضمن بالدفع الى
غيره اذا ضاع لان القصارين شريكان فكان لاخذ احدهما كاخذ صاحبه
بخلاف المودع مع الغير ولو رهن القصار ثوب القصارة بدين عنده رجل ثم افتكه
وقد اصاب الثوب نجاسة عند المرتهن فلما نظر اليه صاحب الثوب كلف القصار
بتطهير الثوب و ازالة النجاسة فامتنع القصار عن ذلك فتشاجروا و ترك
الثوب عند القصار فهلك الثوب عنده قالوا ان كانت النجاسة لا تنقص قيمة
الثوب لا شئ على القصار لانه وان صار مخالفا بالرهن الا انه لما افتكه فقد
ارتفع الخلاف وعاد الى ما قبل الخلاف فاذا خلى القصار بينه وبين المالك لا يخرج من
الضمان والنجاسة اذا لم تنقص قيمة الثوب لا يعتبر وان كانت النجاسة تنقص
قيمة الثوب كان على القصار ضمان النقصان ويهلك الثوب امانة لانه خرج
عن ضمان الثوب بالتخلية قصار وضع الثوب على الحب في الحانوت واقعد
ابن اخيه ليحفظ الحانوت وغاب القصار فدخل ابن اخيه الحانوت الاسفل
فطر الطرار الثوب قالوا ان كان الحانوت الاسفل بحال لو دخل انسان لا يغيب
عن بصره الموضع الذي كان فيه الثوب لا يجب الضمان وان كان بحال لو دخله
انسان يغيب عن بصره الموضع الذي كان فيه الثوب ينظر ان كان الصبي
الذي اقعده القصار ضمه الى القصار ابوه او امه او وصيه او لم يكن له احد من
هؤلاء ولكن القصار ضمه الى نفسه فالضمان على الصبي لانه ضيع بترك الحفظ
الواجب عليه ولا ضمان على القصار لان له ان يحفظ الثوب بيد ذلك الصبي
كذا ذكره العمادي نقلا عن فتاوى ابي الليث وهكذا ذكره الامام قاضيخان
في فتاواه ثم قال وهذا الجواب انما يستقيم اذا كان الصبي ماذونا لان الصبي
الماذون يؤاخذ بضمان تضييع الوديعة اما اذا كان محجورا فانه لا يؤاخذ
باستهلاك الوديعة كما لو دل سارقا على الوديعة فانه لم يضمن اذا كان محجورا
فاذا كان هذا الصبي ماذونا كان الضمان عليه والا فلا وان لم يكن الصبي منضما اليه
من جهة ما ذكر فلم يكن في عيال القصار ولا تلميذا له ولا اجيرا له الا ان القصار

اخذ

اخذ بيده واقعده حافظا للحانوت فالضمان على القصار لانه لما استحفظ من ليس
في عياله يصير مستهلكا دفع ثوبه الى قصار ليقصره فدفعه الى اخر فهلك
في يد الثاني فان شرط الاول ان يقصره بنفسه يضمن بالدفع الى غيره وان
لم يشترط ان يقصره بنفسه لا يضمن بالدفع الى غيره رجل دفع ثوبا الى قصار ثم
امر رجلا ان يقبض الثوب من القصار فدفع اليه القصار غير ذلك فهلك الثوب
في يد الوكيل فهل يضمن الوكيل قالوا لا شئ على الوكيل ولرب الثوب ان يتبع القصار
بثوبه كذا في العمادي وتعقبه الامام قاضيخان بان عدم وجوب الضمان
على الوكيل مشكل اذا كان الثوب الذي دفع اليه القصار ثوب غيره لانه اخذ
ثوب انسان بغير امره فيضمن بالهلاك وظن انه له ليس بعذر لان الجهل في ذلك
ليس بعذر فان كان الثوب الذي دفعه القصار الى الرسول ثوب القصار
لا يضمن الرسول بالهلاك وان كان ثوب غير القصار فعلى الرسول الضمان ولصاحب
الثوب الخيار ان شاء ضمن القصار وان شاء ضمن الرسول فان ضمن القصار
لا يرجع على الرسول وان ضمن الرسول يرجع على القصار الكل في العمادي
وزلق الحمال ذكر في الاصل لو استاجر حمالا ليحمل له دن خل فعثر وانكسر او سقط
من راسه فانكسر يضمن لانه تولد من عمله وهو العثار والزلق لكن هذا فيما اذا
انكسر في وسط الطريق قبل الوصول الى المكان المشروط اما اذا سقط من
راسه وزلق رجله بعد وصوله الى المكان المشروط وانكسر الدن فلا ضمان عليه
وله الاجر لانه حين انتهى الى المكان المشروط لم يبق الحمل مضمونا عليه لانه صار مسلما
الى صاحبه حتى لا يستحق الحبس للاجر فله الاجر الكامل ولا ضمان عليه لانه
المتولد من عمل غير مضمون لا يكون مضمونا بخلاف القصار اذا قصر الثوب وهلك
عنده لا يضمن الثوب ولا يكون له الاجر لان عمل القصار انما يكون لصاحب الثوب
اذا سلم الثوب اليه ولم يوجد ولا كذلك الحمال اذا هلك الدن في يده بعد
الحمل لان الحمل وقع مسلما الى صاحب الدن ولهذا لا يملك حبسه للاجر ولو انكسر
الدن في وسط الطريق من غير عمله بان اصابه حجر من مكان او وقع عليه حائط
او كسره رجل وهو على راسه فلا ضمان عليه عند ابي ح وعندهما يضمن ان هلك

بامر يمكن الاحتراز عنه بناء على اختلافهم في الاجير المشترك ولو استاجر حمالا ليحمل
له طعاما الى مكان مسمى بدرهم فحمله اليه ثم رده الى ذلك المكان الذي حمله منه
يسقط الاجر عندنا خلافا لزفر لان الطعام بالوصول الى المكان المسمى صار مسلما
الى صاحبه حكما ثم رده بالمكان الاول صار غاصبا كما لو سلمه اليه حقيقة ثم اخذه منه
ولا اجر على الغاصب لو حمل متاعا على حمال وصاحب المتاع يمشي معه فعثر الحمال وسقط
المتاع وفسد فهو ضامن لانه من جناية يده بخلاف ما لو حمل صاحب الزق او المتاع
مع الحمال ليضعاه على راس الحمال فوقع فتخرق الزق او المتاع لا يضمن الحمال لانه
لم يسلم اليه المتاع لانه في يد صاحبه بعد ولا ضمان على الحمال بدون التسليم
كذا روي عن ابي يوسف بخلاف ما اذا سرق المتاع من راس الحمال ورب المتاع معه
لا يضمن لعدم التعدي منه ويد صاحب المتاع قائم على المتاع بعد كذا روي
عن ابي يوسف وعند ابي ح لا يضمن ايضا وان لم يكن صاحب المتاع معه وبخلاف ما
لو حمله الحمال ثم وضعه في بعض الطريق ثم اراد رفعه فاستعان برب المتاع
فرفعاه ليضعانه على راس الحمال فوقع المتاع وتخرق فالحمال ضامن لانه صار في
ضمانه حين حمله ولم يبرا منه بعد لانه لم يسلمه الى صاحبه ولو حمله الحمال وذلك
بسبب صاحبه ثم انزله الحمال مع صاحب المتاع والزق من راس الحمال فوقع من
ايديهما وتخرق فاختلف فيه قال ابو ح يضمن وهو قول محمد اولا لانه لم يسلمه الى
صاحبه بعد ثم رجع محمد وقال لا يضمن لان المتاع وصل الى صاحبه وقال
الفقيه ابو الليث الفتاس ان يضمن الحمال النصف لان الهلاك وقع من فعلهما وكثير من
مشايخنا افتوا به ولو انشقت الحقيبة بنفسها وخرج ما فيها قال ابو بكر ضمن الحمال
كما اذا انقطع حبله وقال الفقيه ابو الليث في قياس قول ابي ح لا يضمن وليس
هذا مثل انقطاع الحبل لان ثم التفريط كان من قبل الحمال حيث شد الحمل بحبل
واه وههنا التقصير جاء من قبل رب الحقيبة وبه ناخذ وعليه الفتوى وانقطاع
الحبل الذي يشد به المكاري لان الهلاك حصل من تقصيره حيث شد الحمل بحبل
واه فيضمن سواء كان صاحب المتاع يسير معه خلف الدابة او لم يسر لما في العمادية
نقلا عن الذخيرة اذا عثرت الدابة المستاجرة وسقط المتاع وهلك وصاحب

المتاع يسير معه خلف الدابة فالاجير يضمن لان الهلاك حصل من جناية يده ومحل
العمل سلم اليه لانه سلم المتاع اليه وسيره معه خلف الدابة ليس باسترداد لما دفع
اليه الا يرى انه بهذا السير غير متمكن من الدابة فكيف يتمكن مما عليها وكذا يضمن المكاري
بعثار الدابة على ما صرح به في الفتاوى فقال في العمادية ولو كان على الدابة
مملوك صغير لرب المتاع فعثرت الدابة فوقعا فمات المملوك وفسد الحمل يضمن الحمل
ولا يضمن المملوك لان الدم ما لا يضمن بالعقد على ما سيصرح به في الكتاب ايضا
بخلاف المتاع فانه يضمن بالعقد ثم انما يضمن المتاع اذا كان المملوك مما لا يصلح للحفظ
فان كان يصلح لحفظ المتاع لا يضمن الاجير المتاع ايضا لانه في يد العبد ويد
العبد يد المالك فكان بمنزلة ما لو كان على الدابة وكيل المولى هذا كله فيما اذا لم يكن
رب المتاع مع الاجير والا فلا ضمان عليه فانهم قالوا لو كان رب المتاع والمكاري
راكبين على الدابة المستاجرة او سائقين او قائدين فعثرت الدابة وهلك المتاع
الذي عليه لا ضمان على المكاري كما لو سرق المتاع من راس الحمال ورب المتاع معه
فلا ضمان على الحمال على ما تقدم لان يد صاحب المتاع قائم على المتاع وكذلك
القطار اذا كان عليها حمولة ورب الحمولة على بعير فلا ضمان على الاجير ولو
دفع حمارا الى مكار ليحمله الى موضع كذا وشرط عليه ان يسير ليلا وصاحب الحمل
معه يسيران ليلا فضاعت الدابة مع الحمل ان كان المكاري ضيع بترك الحفظ
ضمن وان ضاعت من غير تضييعه لم يضمن عند ابي ح خلافا لهما قالوا وينبغي
ان لا يضمن اذا كان رب المتاع معه بلا خلاف قال الاستروشني قلت لا ادري
ما الدليل على عدم الضمان بل الروايات صريحة في وجوب الضمان هنا
بالاجماع وغرق السفينة من مدها اي مد السفان السفينة لانه اجير مشترك
فيضمن بالتعدي قال في الصغرى اذا غرقت السفينة ان كان من ريح اصابها
او موج او جبل صدمها من غير مد الملاح وفعله لا يضمن بالاتفاق وان كان
بفعله ان خالف بان جاوز المعتاد يضمن بالاجماع وكذا اذا لم يجاوز المعتاد
عندنا لانه اجير مشترك فيضمن بجناية يده فكلام المص يحتمل الصورتين ما يجاوز
المعتاد وما لا يجاوز وان دخل الماء السفينة ففسد المتاع ان كان بفعله

ومده يضمن عندنا وان كان لا بفعله ان لم يمكن التحرز عنه لا يضمن اجماعا وان امكن
التحرز عنه لا يضمن عند ح وعندهما يضمن وهذا كله اذا لم يكن رب المتاع او
وكيله في السفينة والا لا ضمان عليه اصلا اذا لم يخالف بان لم يجاوز المعتاد
لكن لا يضمن السفان به اي بغرق السفينة الادمي ممن غرق في السفينة او
سقط من الدابة وان كان غرقه وسقوطه من مد الملاح السفينة ومن سوق
المكاري الدابة او جرها وقوده لان الادمي لا يجب ضمانه بالعقد وانما يجب بالجناية
ولهذا لا يتحمله العاقلة الا اذا كان من الجناية وبالمد والسوق والقود لم يقصد
الجناية عليه قيل هذا اذا كان الادمي كبيرا ممن يستمسك على الدابة ويركب
وحده والا فهو كالمتاع والصحيح هو الاول كذا في الزيلعي ولا يضمن فصاد
ولا بزاغ وكذا الحجام ولم يذكره اكتفاء بذكر الفصاد لاتحادهما في الحكم البزاغ بالنسبة
الى الحيوان مثل الحجام بالنسبة الى الانسان لم يجاوز المعتاد اذ لو تجاوز المعتاد
ضمن الجناية يده وانما لم يضمن فيما لم يتجاوز لانه التزم بالعقد فصار واجبا عليه
والفعل الواجب لا يجامع الضمان كما اذا حد القاضي او عزر فمات المضروب
من ذلك الضرب لم يضمن ولان ضمان الفصد والبزغ ضمان سراية لان الهلاك
لم يكن مقارنا وانما هو بالسراية بعد تسليم العمل وليس على هؤلاء ضمان السراية
اذا لم يتجاوزوا المعتاد المأذون فيه لان التحرز عن السراية غير ممكن لانها تبتنى
على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم وما هو كذلك فمجهول والاحتراز عن
المجهول غير ممكن حتى لو شرط على هؤلاء السلم الصلح عن العمل دون السارى
المفسد لا يصح الشرط ولا يفيد التقييد لانه ليس في وسعهم ذلك بخلاف
دق الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن بعمله اعني الدق قبل ان يخرج العمل من
ضمان القصار والتحرز عنه ممكن لان قوة الثوب ورقته يعرف بالنظر والاجتهاد
فيصح التقييد بالشرط ويفيد والختان مثل القصار والبزاغ ولعل انه علم من
تقييده بقوله لم يجاوز المعتاد انه ان تجاوز المعتاد يضمن كما ذكرناه لكن لم يعلم
منه قدر الضمان على تقدير الحيوة والموت قالوا ان قدر الضمان بحسب قدر
التجاوز حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة ان برئ ضمن كمال الدية لان

الحشفة

الحشفة عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما في
قطع اللسان وان مات فعليه نصف بدل نفسه اي نصف الدية لانه لما مات
فقد حصل تلف النفس بفعلين احدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة والاخر
غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس فان قيل
التنصيف في البدل يعتمد التساوي في السبب وقد انتفى ذلك لان قطع
الحشفة اشد افضاء الى التلف من قطع الجلدة لا محالة فكان كقطع اليد مع
حز الرقبة اجيب بان كل واحد يحتمل ان يقع اتلافا وان لا يقع والتفاوت
غير مضبوط فكان هدرا بخلاف الحز فانه لا يحتمل ان لا يقع اتلافا ثم اعلم ان ما
ذكره المص في الحر لا في الرق لانه يضمن العبد بالفصد بدون اذن المولى
وان لم يجاوز المعتاد لانه قال في العمادية سئل صاحب المحيط عن فصاد
جاء اليه غلام وقال افصدني ففصد فصدا معتادا فمات من ذلك السبب
قال يضمن الفصاد قيمة العبد ويكون على عاقلة الفصاد لانه خطاء وكذلك
الصبي يجب ديته على عاقلة الفصاد ولو انكسر دن في طريق الفرات
اي من استأجر حمالا ليحمل له دنا فوقع في بعض الطريق فانكسر فللمالك ان
يضمنه قيمته في مكان حمله اي المكان الذي حمله منه ولا اجر للحمال او في
مكان كسره وله الاجر بحسابه وانما وضع المسئلة في الفرات لان الدنان
كانت تباع هناك في الفرات وهو وضع محمد في الجامع الصغير ثم وجوب
الضمان عليه فلانه اجير مشترك وقد تلف المتاع في يده بصنعه كما في
تخريق الثوب بالدق واما الخيار بين المكانين مع ان القياس يقتضي ان لا يخير
عند ح بل يضمنه قيمته في المكان الذي انكسر لان المال عنده امانة في
يد الاجير المشترك فاذا كان امانة وجب ان لا يضمن قيمته في المكان الذي
حمله منه فلانه اذا انكسر في بعض الطريق والحمل واحد تبين انه وقع تعديا
من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل حصل باذنه لم يكن
تعديا وانما التعدي عند الكسر فيختار اي الجهتين شاء فان اختار الوجه الثاني
فله الاجر بقدر ما استوفي من العمل وان اختار الوجه الاول فلا اجر له

لانه ما استوفى اصلا باعتبار هذا الوجه والاجير الخاص من يعمل لواحد وقد تقدم
منا بعض ما يتعلق بتعريفه في الاجير المشترك ويسمى اجير وحد ايضا لانه يعمل لواحد
لا لغيره ويستحق الاجر بتسليم نفسه مدته اي مدة العقد لان تسليم النفس هو
المعقود عليه في الاجير الخاص واذا وجد يستحق الاجر وان لم يعمل لان العمل اي
تسليم المنفعة ليس بمعقود عليه حتى لو وجد مانع من تسليم النفس من المرض
الحسي او المطر او نحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل لا يستحق الاجر وتحقيقه ان
الاجير الخاص متى سلم نفسه استحق المستاجر منافعه فاستحق الاجر الاجير في
مقابلته الاجر وان نقض العمل بخلاف الاجير المشترك فانه لا يستحق الاجر بنفس
عمله لما ذكره في العناية نقلا عن محمد في خياط خاط ثوب رجل باجر
ففتقه رجل قبل ان يقبض رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى
رب الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه لو اجبر عليه لجبر بحكم العقد
الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذي
فتق الثوب فعليه ان يعيد العمل لانه لما فتق الثوب فقد نقض عمله فصار كان
لم يكن فلا اجر له فعليه الاعادة حتى يستحق الاجر ولو كان اجيرا خاصا ففتق
يستحق الاجر انتهى كمن استوجر للخدمة سنة او لرعي الغنم قد ذكرنا ان الراعي
والبقار قد يكون اجير وحد وقد يكون اجيرا مشتركا وعلى تقدير كونه اجير وحد
على ما ذكره المصنف لو ماتت واحدة من الاغنام او البقر لا يضمن ولا ينقص شيء
من الاجر بحسابها كما لو ماتت الاغنام كلها لا ينقص الاجر ولو ضرب شاة منها
ففقا عينها او كسر رجلها ضمن لان اجير الوحد يضمن بالخلاف والتعدي
وقد خالف لان الضرب غير داخل تحت العقد فيكون بالضرب مخالفا ومتعديا
بالاتلاف به بخلاف ما لو هلكت بالصياح والصفح او في السقي لانه لم يكن
مخالفا لمقتضى العقد لان الغنم في العادة يساق ويرعى بالصياح ولا بد له
من السقي ايضا فلا يعد ذلك خلافا ولو هلكت من شدة سوق الراعي والبقار
اختلفوا فيه قيل يضمن وقيل لا قال القاضي ظهير ولو ان البقار ساق البقر وتناطحت
فقتل بعضها بعضا في سوقه او اسحها استعجلها في السوق فنفرت بقرة منها

فكسرت اوساقها في الماء ليشرب فوقعت في الماء يضمن البقار ان كان مشتركا
وان كان خاصا لا يضمن وهكذا ذكره الامام قاضيخان ثم قال ان كان البقار
اجير وحد لرجل لا يضمن وان كان مشتركا لقوم يضمن وذكر في السير الكبير
ان الاجير الخاص اذا عنف في السير فحدث هذه العوارض يضمن وذكر في
الذخيرة ولو حدثت هذه العوارض من سوقه ان كان الراعي مشتركا فهو ضامن
على كل حال لان هذه جناية من يده وان كان خاصا ان كانت الاغنام
لواحد لا يضمن وان كانت الاغنام لاثنين او ثلثة فهو ضامن وصورة الاجير
الخاص في حق الاثنين والثلاثة ان يستاجر رجلان او ثلثة راعيا شهرا
يرعى غنما لهما او لهم فقد فرق في حق الاجير الخاص بين ما اذا كانت الاغنام
لواحد وبين ما اذا كانت لاثنين او ثلثة وحصل منه التوفيق بين ما ذكره
الامامان قاضي ظهير وقاضيخان من ان الاجير الخاص لا يضمن وبين ما ذكره
في السير الكبير من انه يضمن بحمل ما ذكره الامامان على ما اذا كانت الاغنام لواحد
وحمل ما ذكره في السير الكبير على ما اذا كانت الاغنام لاثنين او ثلثة اذا كان
الراعي اجيرا مشتركا فرعى الغنم في موضع فعطبت واحدة منها او هلكت بافة
نحو الغرق في الماء وافتراس السبع والسقوط من العلو وما اشبه ذلك
فقال رب الغنم شرطت عليك ان ترعى في غير هذا الموضع وقال الراعي لا بل
اشترطت علي الرعي في الموضع الذي رعيتها فالقول قول رب الغنم بالاجماع
حتى يضمن الراعي لان الاذن يستفاد من جهته والبينة بينة الراعي حتى
لا يضمن عند الجحود لانه هو المدعي لانه يثبت ما ليس بثابت وكذا اذا كان
الراعي اجيرا خاصا واختلفا في نحو ما بينا فالقول لرب الاغنام لما ذكرناه
كذا في العمادية والفصولين وذكر في المحيط اذا رعى في مكان لم يؤذن
له بالرعي فعطبت الغنم او ما اشبهه صار الراعي ضامنا فلا اجر له وان سلمت
يجب له الاجر استحسانا راعي الرماك اذا اوهق رمكة فوقع الوهق في عنقها
فماتت يضمن لان التوهيق لم يدخل تحت الاذن وان فعل باذن صاحب الرمك
لا يضمن سواء كان اجيرا مشتركا او خاصا الراعي اذا خلط الغنم بعضها ببعض

فان كان يقدر على التمييز لا يضمن ويكون القول قوله انها لفلان وان كان خلطا
لا يمكن التمييز يكون ضامنا فيها والقول في مقدار القيمة قول الراعي ويعتبر
قيمة الاغنام يوم الخلط وان دفع الراعي غنم رجل الى غير صاحبه فاستهلكها
المدفوع اليه واقر الراعي بذلك ضمن الراعي ولا ضمان على المدفوع اليه ولو ندت
بقرة من ابنا قوره وترك الراعي اتباعها لحفظ الباقي وهو في وسعه لا ضمان
عليه فماتت بالاجماع ان كان اجيرا خاصا وان كان اجيرا مشتركا فكذلك
عند ابي ح وعندهما يضمن وانما لا يضمن عند ابي ح وان ترك الحفظ فيما ندت
لان الامين انما يضمن بترك الحفظ اذا ترك بغير عذر اما اذا ترك بعذر فلا يضمن
وهنا ترك الحفظ فيما ندت بعذر حفظ الباقي وعندهما يضمن لانه ترك الحفظ
بعذر يمكن الاحتراز عنه بقار لاهل قرية لهم مرعى تلتف بالاشجار لا يمكنه
النظر الى كل بقرة فضاعت بقرة لا يضمن ولو مرت بقرة على قنطرة فدخل رجلها
في ثقبها فانكسرت او دخل في ماء عميق والبقار لا يعلم فلم يسقه ضمن اذا امكن
سوقه اهل موضع جرت العادة بينهم ان البقار اذا دخل السرح في السكك
يرسل كل بقرة في سكة صاحبها ففعل الراعي ذلك فضاعت بقرة او شاة
قبل ان تصل الى صاحبها لا ضمان عليه لان المعروف كالمشروط فلا يكون
خلافا البقار اذا شرط مع اصحاب البقور اني اذا دخلت البقور القرية الى
موضع كذا فانا بريء منها فالشرط جائز وهو بريء بخلاف ما اذا شرط على الراعي
ضمان ما مات فانه شرط فاسد يفسد العقد الكل في العادية وفيها ايضا
نقلا عن النوازل امراة بعثت بقرا الى البقار ثم جاء الرسول الى البقار وقال
البقر لي واخذه من البقار وهلك في يده فان قامت المراة بينة فلها ان
يرجع على البقار بقيمة البقرة لانه ظهر ان البقار دفع مالها الى غيرها بغير اذنها
ثم لا يرجع البقار على الرسول ان كان يعلم ان البقرة لها ومع ذلك دفع اليه
وان لم يكن علم من ذلك بذلك يرجع لانه معذور وفي فوائد صاحب المحيط
رجل بعث بقرة الى البقار على يدي رجل فجاء الى البقار بهذه البقرة وقال ان
فلانا بعث اليك هذه البقرة فقال البقار اذهب بها فاني لا اقبلها فذهب بها

فهلكت

فهلكت في يد الرسول فالبقار ضامن لانه اذا جاء بها الى البقار فقد انتهى الامر فيصير
البقار امينا وليس للمودع ان يودع وفي الذخيرة اهل قرية يرعون دوابهم
بالنوبة فذهبت منها بقرة في نوبة احدهم قال ابراهيم بن يوسف فهو ضامن
في قول من يضمن الاجير المشترك وقال ابو الليث وعندي انه لا يضمن في قولهم
جميعا لان كل واحد منهم معين في رعيه لا اجير لانه لو جعل اجيرا كان ذلك
مبادلة منفعة بمنفعة من جنسها وذلك لا يجوز فكان معينا لا اجيرا والمعين
لا يضمن ولو كان نوبة احدهم فلم يذهب هو لكن استاجر رجلا ليحفظها فاخرج
الباقورة الى المفازة ثم رجع الى الاكل يعني الاجير ثم عاد وذهبت منها بقرة
فنظر ان ضاعت بعدما رجع الاجير عن الاكل لا يضمن واحد منهما وان ضاعت قبل
ذلك ضمن الاجير دون صاحب النوبة لان له ان يحفظها باجرائه لكن هذا اذا
لم يشترط عليه الحفظ بنفسه والا يضمن بالدفع الى غيره ولا يضمن اي الاجير
الخاص ما تلف في يده او بعمله المأذون اما فيما تلف في يده وذلك بان
سرق من يده او غابت او غصب فلان العين امانة في يده لانه قبضه باذن
صاحبه ولا ضمان على الامين بلا تعد واما فيما تلف بعمله وذلك بان انكسر القدوم
في عمله او انخرق الثوب من دقه بيد احدهما انه سلم نفسه اليه صارت منافعه
مملوكة له وصار هو نائبا منابه في الفعل فكانه فعل بنفسه فلا يضمن الا ان
يخالفه فيضمن بالخلاف لان الاجير الخاص يضمن بالخلاف لعدم دخوله تحت العقد
والثاني ان الاجر في الاجير الخاص ليس بمقابلة العمل بدليل انه يستحق الاجر وان
لم يعمل بل بمقابلة تسليم النفس عمل او لم يعمل وهو المعقود عليه وقد وجد ذلك
سالما والتلف انما وجد في تسليم العمل وهو ليس بمعقود عليه فلم يكن مضمونا عليه
حتى لو وجد مانع من تسليم النفس من المرض الحسي او المطر او نحو ذلك مما يمنع التمكن
من العمل لا يستحق الاجر لعدم تسليم المعقود عليه وصح ترديد الاجر بين نفعين
مختلفين هذا شروع في بيان الاجارة على احد الشرطين بعد ذكر الاجارة
على شرط واحد اي صح ترديد الاجر بين التسميتين باعتبار الشرطين وايهما اي
اي النفعين وجد لزم ما سمي له اي لذلك النفع نحو ان خطته فارسيا فبدرهم

او روميا فبدرهمين وانما جاز هذا لانه سمى نوعين معلومين من العمل وسمى لكل واحد منهما
معلوما فيجوز لوجود المقتضي وارتفاع المانع كما اذا خيره في البيع بين عبدين
على ما تقدم في البيع وان صبغته بعصفر فبدرهم او بزعفران فبدرهمين لما ذكرناه
ايضا وان سكنت هذه الدار فبدرهم في الشهر او هذه الدار فبدرهمين لما ذكرناه
ايضا وهذا في الحقيقة ترديد الاجر بين النفع في المكانين وان ركبتها اي الدابة
الى الكوفة فبدرهم او الى واسط اسم موضع فبدرهمين وهذا لما ذكرناه ايضا وهذا
ترديد الاجر بين النفع في المسافتين وكذا اي صح ترديد الاجر لو ردد بين ثلثة اشيا
مثل ان يقول للخياط ان خطته فارسيا فبدرهم او روميا فبدرهمين او هنديا
فبثلاثة دراهم او ان ركبتها الى الكوفة فبكذا او الى واسط فبكذا او الى القزوين فبكذا
لا بين اربعة اشياء والاصل فيه البيع فانه يجوز بيع احد الشيئين او ثلثة ولا يجوز
في اكثر من ثلثة لما بيناه في اول البيع والجامع بينهما دفع الحاجة غير انه لا بد من
اشتراط الخيار للمشتري في البيع على ما تقدم وفي الاجارة لا يشترط ذلك
لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب
الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار للمشتري
ولو قال ان خطته اليوم يعني لو ردد العمل بين الزمانين وقال ان خطته اليوم فبدرهم
او خطته غدا فبنصفه فخاطه اليوم فله الدرهم وان خاطه غدا فله اجر المثل وهذا
لانه صح في اليوم الاول فوجب المسمى ولم يصح في اليوم الثاني فوجب اجر المثل
لا يجاوز نصف درهم لانه المسمى فيه وقد رضي به هذا في رواية عن ابي ح وقال
اجر المثل صح
القدوري وهي الصحيح وفي الجامع الصغير ان له في اليوم الثاني اجر المثل لا يزاد على
درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني
فيعتبر لمنع الزيادة ويعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان وان خاطه في اليوم الثالث
لا يجاوز به نصف درهم عند ابي ح وهو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد
فبالزيادة اليها بعد الغد اولى واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد
عليه كذا في العناية والزيلعي ثم هذا اي جواز العقد في اليوم الاول دون الثاني
هو قول ابي ح وقالا الشرطان جائزان فهي ايهما عمل لزمه المسمى على قولهما وقال زفر

الشرطان

516

الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل وذلك يفضي الى الجهالة
المفضية الى النزاع وبيان ذلك ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لان اليوم حال افراد
العقد في اليوم بقوله خطته اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت فكذا ههنا وذكر
الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان
للترفيه فكذا هنا اذ ليس لتعدد الشرط اثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان
اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى الغد ثابتا اليوم
مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم
للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى الغد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة
العمل الواحد ببدلين على البدل فصار كانه قال خطه بدرهم او بنصف درهم وهو
باطل لكون الاجر مجهولا فصار هذا نظير بعتك حالا بالف وبعتك مؤجلا بالفين
والجواب ان الجهالة تزول بوقوع العمل فان بالعمل يتعين الاجر للزومه عند العمل
ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت لانه حقيقته فكانه قال ان خطته اليوم فبدرهم مقتصرا
على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر الغد
للاضافة لان الاجارة مما يقبل الاضافة الى وقت في المستقبل وان لم تقبل
التعليق بشرط فيكون مرادة لكونها حقيقة فيها ايضا فاذا كان للاضافة لم يكن العقد
ثابتا في الحال فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان اليوم لما كان حقيقة في
التاقيت والغد في الاضافة كانا مجازين في التعجيل والترفيه لعدم الاشتراك
وقد ثبت في محله انه لا يصار الى المجاز حتى يقوم الدليل عليه لان الاصل في
الكلام هو الحقيقة ولا دليل هنا عليه والحقيقة ممكنة سيما اذا كان الحمل على المجاز
يؤدي الى فساد العقد فاذا حمل على الحقيقة لا يلزم اجتماع تسميتين في كل يوم
بل كان نظير خياطة الرومية والفارسية بخلاف حالة الانفراد لانه لو حمل على
التاقيت لفسد العقد اذ تعين العمل مع تعين الوقت لا يجتمعان فان تعين العمل
يوجب كونه اجيرا مشتركا وتعين الوقت يوجب كونه اجيرا خاصا وبينهما تناف لتنافي
لوازمهما فصرنا الى المجاز اعني الحمل على التعجيل بدلالة الحال اذ مقصودهما صحة
العقد لا فساده ولابي ح ان اليوم للتعجيل والغد للاضافة لان الكلام لحقيقته

حتى يقوم الدليل على مجازه وقد قام الدليل في اليوم على مجازه وهو التعجيل لان ذكرها
صحة العقد ولا يمكن هذا الا بحمل اليوم على التعجيل لان تعلق العمل مع التوقيت
مفسد للعقد لعدم امكان اجتماعهما كما ذكرناه فتعين المجاز في اليوم ولم يقم الدليل
في الغد على المجاز وهو الترفية بل قام على حقيقته وهو الاضافة فتركناه على
حقيقته لانا لو حملناه على الترفية لفسد العقد من حيث انه يجتمع تسميتان في اليوم
كما قاله زفر فوجب حمله على حقيقته وهو الاضافة فاذا كان ذكر اليوم للتعجيل
وذكر الغد للاضافة لم يوجد في اليوم الا تسمية واحدة فلم يفسد فان خاط
اليوم وجب عليه المسمى وهو الدرهم فاذا جاء الغد فسد العقد لوجود تسميتين
فيه لان المعلق ينزل بمجيء الغد والتسمية الاولى باقية فيفسد لاجتماع تسميتين في
عمل واحد بخلاف خياطة الرومية والفارسية لانه ليس لاحد العقدين موجب
في العمل الاخر لانهما عقدين مختلفين كل واحد منهما ببدل مسمى على انفراد معلوم
فافترقا ولو قال ان سكنت هذا الحانوت عطارا فبدرهم او حدادا فبدرهمين
جاز عند ابي حنيفة خلافا لهما وكذا الخلاف لو قال ان ذهبت بهذه الدابة الى الحيرة فبدرهم
وان جاوزتها الى القادسية فبدرهمين او قال ان حملت عليها الى الحيرة كر شعير
فبدرهم وان حملت كر بر فبدرهمين لهما ان المعقود عليه في هذه العقود احد
الشيئين وكذلك الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد
والجهالتان اولى بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر ثمة يجب بالعمل
وعنده يرتفع الجهالة اما في هذه المسائل فالاجر فيها يجب بالتخلية في الحانوت
والتسليم في الدابة فتبقى الجهالة بقي ان الاصل عندهما ان الاجر متى وجب بالتخلية
والتسليم لا يجوز ان يكون الاجر مترددا بين شيئين عند التخلية والتسليم لانه
لا يدرى ايهما يجب والاجارة تفسد بهذا ولابي حنيفة انه خيره بين شيئين متغايرين
وجعل لكل واحد منهما اجرة معلومة فوجب ان يجوز كما في المسئلة الرومية
والفارسية وكونهما متغايرين لان اسكانه عطارا يغاير اسكانه حدادا وكذا
غيره وقولهما والاجرة فيها تجب بالتخلية والتسليم قلنا ان الاجارة تنعقد للانتفاع
والظاهر انه يستوفي المنافع وعند الاستيفاء ترتفع الجهالة واما ترك الانتفاع

مع

مع التمكن فنادر لا معتبر به ولو احتيج الى ايجاب الاجر بالتخلية عند عدم الانتفاع بعد
التسليم اي سلم اليه ولم ينتفع به حتى مضت المدة فاختلف فيه المشايخ قال بعضهم
يجب نصف كل واحد من البدلين اذ ليس احدهما اولى من الاخر فيجعل التسليم
لهما وقال بعضهم يجب اقل البدلين لانه لا يكون اكثر ضررا من الانتفاع باقلهما
ضررا ولان الاقل متيقن وهذا هو الصحيح على ما في الزيلعي واختاره في
الهداية والعناية ولا يسافر بعبد استاجره للخدمة بلا اشتراطه لان مطلق
العقد يتناول الخدمة في الحضر لانه المتعارف فانصرف اليه المطلق فصار
كالمشروط به صريحا فلا يكون له ان ينقله الى خدمة السفر لانه اشق فيكون
خلافا الى ما هو اضر نظيره ما لو استاجر فرسا للركوب وعين الراكب
فليس له ان يركب غيره للتفاوت في الركوب وما لو استاجر دارا للسكنى
ليس له ان يسكن حدادا لانه اضر ولان مؤنة الرد من السفر على المولى فيلحقه
ضرر بذلك فلا يملكه الا باذنه وان اشترط ذلك فله ان ينقله الى السفر
لان مولاه رضي بذلك وكذلك يجوز ان ينقله الى السفر اذا كان المستاجر
وقت الاجارة متهيئا للسفر وعرف بذلك لان المعروف كالمشروط كذا في
الزيلعي فلو سافر عند عدم الاشتراط او التهيؤ للسفر وهلك ضمن لانه صار
غاصبا ولا اجر عليه وان سلم لان الضمان والاجر لا يجتمعان وهل له ان يوجر
عبدا استاجره للخدمة قالوا نعم فقال في التاتارخانية نقلا عن السرخسي
انه اذا استاجر عبدا للخدمة فله ان يواجره من غيره للخدمة لان هذا مما
لا يتفاوت الناس فيه عادة كسكنى الدار ولان العبد عاقل لا ينقاد اذا كلف
فوق طاقته انتهى ولو استاجر عبدا محجورا عليه فعمل العبد واخذ اي العبد
الاجر لا [illegible] يسترده المستاجر منه اي من العبد هذا استحسان وفي
القياس له ان يسترده لانه يقتضي ان لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام
الحجر فيصير المستاجر غاصبا بالاستعمال ولا اجر على الغاصب فصار كما اذا هلك
العبد فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر والضمان
لا يجتمعان وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما لانه

يحصل للمولى الاجرة صار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع ماذون فيه كقبول
الهبة واذا جاز الدفع له لم يكن له ان يسترده منه بخلاف ما اذا هلك العبد في
حالة الاستعمال فانه يجب على المستاجر قيمته ح واذا ضمن قيمته صار مالكا
له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الاجر
وكذلك الصبي المحجور عليه اذا اجر نفسه وسلم من العمل كان له الاجر لانه غير ممنوع
عما ينفعه من التصرفات ولهذا يملك قبول الهبة وجواز الاجارة بعد الفراغ من
العمل سالما نفع محض وقال في النهاية الاجر الذي يجب في هاتين الصورتين
اجر المثل فان اعتقه المولى في نصف المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد
في الفسخ واجر ما مضى للمولى واجر ما يستقبل للعبد وان اجره المولى ثم اعتقه
في نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فاجر ما مضى للمولى وان اجر
فاجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى لانه العاقد كذا في الزيلعي ولو اجر
العبد المغصوب نفسه فاكل غاصبه اجره لا يضمن الغاصب ما اكله من الاجر
عند ابي ح خلافا لهما قالا يضمن لانه اتلف مال الغير بغير اذنه ولا تاويل له لان
المال للمولى لان اجارة العبد نفسه جائزة على تقدير الفراغ سالما على ما تقدم
في المسئلة الاولى وكسب العبد للمولى لانه تبع لرقبته فيكون الغاصب متعديا
بالاخذ منه والاتلاف فيضمن ولابي ح ان الضمان يجب باتلاف مال محرز متقوم
وليس ذلك بمحرز لان الاحراز ان يكون بيده او بيد نائبه وهذا المال لا في
يده ولا في يد نائبه لان الغاصب ليس بنائب عنه والعبد ليس في يد نفسه
بل هو في يد الغاصب وما في يده يكون في يد الغاصب ايضا تبعا لنفسه
فلا يتصور ان يكون محرزا بحرزه اذ هو لا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يحرز
ما في يده عنه وما لم يقع في يد المولى حقيقة او حكما بالنيابة لا يكون مضمونا
له كالمال المسروق في يد السارق بعد القطع ولان الاجرة بدل المنفعة
والبدل حكمه حكم المبدل ولو اتلف الغاصب المبدل اي المنفعة لا يضمن فكذا اذا اتلف
بدلها واعترض على الوجه الاول بولد المغصوبة بان الغاصب اذا استهلك ولد
المغصوبة ضمنه مع انه لا احراز فيه واجيب بانه تابع للام لكونه جزء منها وهي

محرزة

محرزة بخلاف الاجر فانه يحصل من المنافع وهي غير محرزة انما قال لو اجر العبد المغصوب
نفسه لانه لو اجر الغاصب العبد المغصوب بنفسه واخذ الاجرة واكلها لا ضمان
عليه بالاتفاق وما اي شيء من الاجرة وجده سيده اي وجده في يد العبد
المغصوب اخذه لانه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك
كما في المسروق بعد القطع فانه لم يبق متقوما حتى لا يضمن بالاتلاف ويبقى
الملك فيه حتى ياخذه المالك حين وجده وقبض العبد اجره صحيح يعني اذا اجر
العبد نفسه واخذه اجره صحيح بالاجماع لانه هو المباشر وحقوق العقد يرجع اليه
وتصرفه نفع محض يصح قبضه فيخرج به المستاجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل
بالاداء الى العبد لكونه عاقدا ولو اجر عبده هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا
بخمسة صح والاول اي من الشهرين باربعة لانه المذكور اولا والمذكور اولا ينصرف
الى ما يلي العقد تحريا للجواز وذلك لانه لما قال باربعة منكرا كان مجهولا والاجارة
تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحريا للجواز كما لو استاجر منك
هذا العبد لشهر او سكت فانه ينصرف الى ما يلي ابتداء العقد فاذا انصرف الاول
الى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ينصرف الى ما يلي الاول ايضا ضرورة لانها
اقرب الاوقات اليه فان قيل مبنى هذا البيان على ان يكون الشهر منكرا مجهولا
والمذكور في الكتاب معرف حيث قال هذين الشهرين فالجواب ان المذكور
في الكتاب قول المستاجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام الموجر منكرا
فكان الموجر قال اجرت عبدي هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال
المستاجر استاجرته هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة ولو استاجر
عبدا فابق او مرض فادعى وجوده اول المدة والمولى وجوده قبيل الاخبار
بساعة حكم الحال فان كان العبد حاضرا وصحيحا صدق المولى والا اي وان
لم يكن العبد حاضرا او صحيحا فالمستاجر هذا شروع الحكم في بيان الاختلاف
الواقع بين الاجر والمستاجر يعني لو استاجر عبدا شهرا بدرهم مثلا وقبضه في
اول الشهر ثم جاء في اخره وقال ابق العبد او مرض في اول الشهر حين قبضه
وانكر المولى ذلك او انكر اسناده الى اول المدة فقال اصابه ذلك قبل ان ياتيني

بساعة بحكم الحال فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لان القول في الدعاوى
قول من شهد له الظ ووجود ذلك العيب في الحال يدل على وجوده في الماضي
استصحابا فيصلح مرجحا وان لم يصلح حجة للاستحقاق فيكون القول للمستاجر وان
لم يوجد في الحال فالقول للمولى فان قيل هذا فيما اذا كان الظاهر يشهد للمستاجر
مسلم لا اشكال فيه لانه ليس فيه الا دفع الاستحقاق على المستاجر والظ
يصلح دافعا للاستحقاق واما فيما اذا كان الظ يشهد للموجر ففيه اشكال من حيث
انه يستحق الاجرة بالظاهر وهو لا يصلح حجة للاستحقاق اجيب بانه انما
يستحقه بالسبب السابق وهو العقد وانما الظ يشهد على بقائه واستمراره الى
ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد الظ وهذا لانهما لما اتفقا على وجود سبب
الوجوب اقر المستاجر بالوجوب عليه ثم بالانكار بعد ذلك يكون متوهما
لنفيه فلا يقبل الا بحجة وعلى هذا لو اعتق جارية ولها ولد فقالت اعتقني قبل
ولادته فيكون حرا بتبعا لها وقال المولى اعتقتك بعدها فلا يعتق كان القول
قول من كان الولد في يده لان الظ يشهد له وكذا لو باع شجرا هذه ثمره واختلفا
في بيع الثمر معها كان القول قول من في يده الثمر بتحكيم الحال وكذا الاختلاف
في انقطاع ماء الرحى وجريانه اى اختلفا بعد مدة الاجارة وقال المستاجر
ان الماء انقطع في اول المدة وانكره الموجر ينظر ان كان الماء منقطعا في
الحال فالقول قول المستاجر وان كان جاريا فالقول قول صاحب الرحى تحكيما
للحال ولو قال رب الثوب امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ
امرتني بما صبغت صدق رب الثوب اى مع يمينه وكذا الاختلاف في القميص
والقباء اى اختلفا في لون الصبغ فقال رب الثوب امرتك ان تصبغه احمر
فصبغته اصفر وقال الصانع لا بل امرتني اصفر او اختلفا في نوع المعقود عليه
فقال رب الثوب امرتك بخياطة القميص فخطته قباء وقال الخياط بل امرتني قباء
ففي الصورتين القول قول رب الثوب لان الامر يستفاد من جهته والقول
قول من يستفاد الامر من جهته كما لو انكر اصل الامر كان القول قوله وكذا اذا انكر
صفته لكنه بعد اليمين فانه انكر ما لو اقر به لزمه فان حلف اى رب الثوب فهو مخير

ان شاء ضمن الصانع قيمة ثوب غير معمول ولا اجر للصانع او اخذ رب الثوب الثوب
واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وقد تقدم بيانه قبيل باب الاجارة الفاسدة
وقال ابن سماعة عن محمد يضمن صاحب الثوب الصباغ ما زاد الصبغ فيه لان
الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وقال ابن ابي ليلى في مسئلة
الصبغ ايضا القول قول الصباغ لانهما اتفقا على الاذن في الصبغ ثم رب الثوب
يدعي عليه خلافا ليضمنه او ليثبت لنفسه الخيار وهو ينكر فكان القول له
وجوابه ما ذكرناه من ان القول لمن يستفاد منه الامر وان قال رب الثوب
عملت لي بلا اجر وقال الصانع باجر فالقول لرب الثوب لانه ينكر تقوم عمل الصانع
ووجوب الاجر عليه والصانع يدعيه فكان القول للمنكر وهذا عند ابي ح
وعند ابي يوسف القول للصانع ان كان حريفا اى خليطا له وذلك بان تكرر
تلك المعاملة بينهما باجر فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما باجر يعين جهة الطلب
بالاجر جريا على اعتيادهما لان المعروف كالمشروط وعند محمد القول للصانع ان
كان معروفا بعمله بالاجر لما ذكر من ان المعروف كالمشروط وفي الزيلعي والاشباه
والفتوى على قول محمد واعلم ان المص ذكر بعض ما يتعلق باختلاف الاجر والمستاجر
في فصل التحالف على ما تقدم بيانه وذكر بعضه في هذا الباب ولم يستوف
بحذافيره ولنذكرها لا بعض ما بقي منه تتميما للفائدة فنقول ان الموجر والمستاجر
اذا اختلفا اما ان يختلفا في المستاجر او في الاجرة وعلى الاول اما ان يختلفا
في اصل المستاجر بان قال الموجر المستاجر هو هذا وقال المستاجر لا بل
هو هذا او في نوعه او في قدره فاذا اختلفا في اصل المستاجر اما ان يكون
اختلافهما قبل التصرف او بعد انقضاء المدة والتصرف فان كان قبل التصرف
تحالفا لان الاجارة بيع المنفعة فيعتبر بيع العين وفي بيع العين اذا اختلفا قبل
القبض يتحالفا فكذلك في بيع المنفعة والاختلاف هنا قبل قبض المنفعة فيتحالفان
فيفسخ القاضي وايهما اقام البينة قبلت وان اقاما يقضي ببينة الموجر لانه يثبت
حقا لنفسه وان اختلفا بعد انقضاء المدة فالقول قول المستاجر مع يمينه لان
المعقود عليه قد هلك لان المنافع بالاستيفاء صارت متلاشية هالكة

وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وقال محمد لا يمنع التحالف في بيع المنفعة
لان في بيع العين انما يمتنع التحالف لانهما اذا تحالفا وتعذر الرد بسبب الهلاك وجب
رد القيمة وهنا اذا تحالفا وانفسخ العقد بقيت المنافع مستوفاة من غير عقد
فلا يكون لها قيمة فيتعذر رد القيمة وامتنع التحالف وان اختلفا في نوع المستاجر
كاختلافهما في نوعي الصبغ بانه اصفر او احمر على ما ذكره المص بعينه فالقول
قول رب الثوب مع يمينه لما ذكرناه ولان الصباغ اقر الضمان وهو الصبغ في ثوب
الغير ثم ادعى البراءة عنه وهو الاذن من جهة صاحب الثوب وانكره صاحب
الثوب فيكون القول للمنكر كما لو قال قطعت ثوبك او هدمت جدارك باذنك
وانكره الصاحب فالقول للمنكر وان اختلفا في مقدار المستاجر بان قال المستاجر
انه اكراه دابتين باعيانهما بعشرة دراهم الى بغداد وقال الموجر انه اكراه احديهما
بعينها بعشرة دراهم الى بغداد فالقول قول الموجر لانه ينكر الزيادة وعلى الثاني
اما ان يختلفا في اصل الاجرة فقال رب الثوب عملت لي بغير اجر وقال القصار
لا بل عملت لك باجر فان اختلفا قبل العمل يتحالفان ويفسخ القاضي لان كل واحد
منهما مدع من وجه منكر من وجه وايهما اقام بينة قبلت وان اقاما يقضي ببينة المستاجر
لانه يثبت حقا لنفسه وان اختلفا بعد العمل فالقول لرب الثوب عند ابي ح على ما ذكره
المص لان التحالف لا يفيد لانه لا قيمة للعمل من غير عقد فكان بمنزلة الحمال والمكاري
اذا اختلفا بعد العمل فالقول للمعمول له خلافا لابي يوسف ومحمد كما ذكره المص
وان اختلفا في قدر الاجرة ولم ياخذ في العمل بعد فقال المستاجر الاجر خمسة دراهم
وقال الاجر لا بل عشرة دراهم فيتحالفان وايهما نكل لزمه دعوى الاخر ويبدا
بيمين المستاجر فاذا حلفا فسخ القاضي العقد وايهما اقام البينة قبلت وان اقاما
يقضي ببينة الاجر لانه يثبت الزيادة وكذلك لو اختلفا في قدر مدة الاجارة
او في قدر مسافة الاجارة بان قال المستاجر اجرتنيها بشهرين بعشرة دراهم
وقال الاجر لا بل اجرتها شهرا واحدا بعشرة دراهم او قال المستاجر اجرتنيها الى
الكوفة بخمسة دراهم وقال الاجر لا بل الى القصر بخمسة دراهم فهذا وما اختلفا
في قدر الاجرة سواء الا انهما لو تحالفا في المدة او في المسافة يبدا بيمين الاجر

وان اقاما البينة فيها يقضي ببينة المستاجر وان اختلفا في قدر الاجرة والمدة
جميعا او في الاجرة والمسافة جميعا فانهما يتحالفان فيفسخ القاضي وايهما اقام البينة
قبلت وان اقاما يقضي بالبينتين جميعا فيقضي بزيادة الاجر ببينة الاجر وبزيادة
المدة والمسافة ببينة المستاجر وهذا اذا اتفقا في جنس الاجرة ما بها دراهم كلها
او دنانير بخلاف ما اذا اختلفا في قدر الاجرة والمدة او في قدر الاجرة والمسافة
او في قدر الاجرة والمستاجر مع اختلافهما في جنس الاجرة وذلك بان قال
الاجر اجرتك الدار شهرا بدينار وقال المستاجر لا بل اجرتنيها شهرين بعشرة
دراهم او قال الاجر اجرتك الدابة الى القصر بدينار وقال المستاجر لا بل الى الكوفة
بعشرة دراهم او قال الاجر اجرتك احدى هذين الدابتين بدينار الى بغداد وقال
المستاجر لا بل اجرتني هذين الدابتين بعشرة دراهم الى بغداد ففي الصور
الثلث يتحالفان وايهما نكل لزمه دعوى الاخر وان حلفا فسخ القاضي العقد وايهما
اقام قبلت بينته وان اقاما البينة فانه يقضي الى شهرين او الى الكوفة او باجارة
الدابتين الى بغداد بدينار وخمسة دراهم اذا كان القصر على النصف من المبدا
الى الكوفة يقضي الى القصر بدينار ببينة الاجر ومن القصر الى الكوفة بخمسة دراهم
ببينة المستاجر عملا بالبينتين وكذا الحال في الصورتين والحاصل انه اذا اختلفا
في المستاجر اصلا او قدرا او نوعا او في الاجرة كذلك او في المدة او
المسافة او في الاجرة والمدة معا او في الاجرة والمسافة معا ففي هذه
الوجوه ان اختلفا قبل استيفاء المنفعة يتحالفان وايهما نكل لزمه دعوى
الاخر وان حلفا فسخ القاضي العقد وايهما اقام قبلت بينته وان اقاما البينة
فبينة الاجر اولى وان اختلفا بعد استيفاء المنفعة في هذه الوجوه كان
القول قول المستاجر مع يمينه ولا يتحالفان عندهم جميعا

باب فسخ الاجارة

اعلم ان الاجارة عقد لازم لا يصح بغير عذر الا اذا وقعت على استهلاك
عين كالاستكتاب يقع على استهلاك الكاغد والحبر وكرب الارض في
المزارعة اذا كان البذر من قبله فانه ينفسخ بغير عذر كما في باب العذر من
اجارات القنية ثم انها تفسخ بالعيب في المعقود عليه بالاتفاق وبالعذر

الحاصل في احد العاقدين عندنا خلافا للشافعي فيه على ما سنبينه عند قول المص
وتفسخ بالعذر ولما كان الفسخ بالعيب اتفاقيا قدمه المص على الفسخ بالعذر والاصل
ان العيب متى حدث بالعين المستاجرة فان كان عيبا لا يؤثر في اختلال المنافع
لم يثبت للمستاجر خيار الفسخ نحو العبد المستاجر للخدمة اذا ذهب احدى عينيه
وذلك لا يضر بالخدمة او سقط شعره او سقط حائط من الدار ولم يضر بالسكنى
لانه لما لم يتمكن الخلل في المنفعة وهي المعقود عليه لم يثبت الخيار وان كان عيبا يؤثر
في اختلال المنافع كالعبد اذا مرض والدابة اذا دبرت او نذت والدار اذا انهدم
بعض بنائها او سقط حائط يضر السكنى فللمستاجر الخيار لان الخلل قد تمكن
في المعقود عليه قبل القبض فان المنافع لا تصير مقبوضة بقبض الدار ولكن
باعتبار التمكن من الاستيفاء يصير قابضا له حكما فان استوفى المنفعة مع العيب
يلزمه جميع البدل وان نقص العبد للعيب المفوت لوصف المعقود عليه قبل القبض
لا يلزمه شيء من البدل وان ازال الموجر عيبا بشيء يسقط الخيار وهل ينفسخ العقد
بدون الفسخ بهذه الاعذار ام لا ينفسخ بدون الفسخ ففيه اختلاف المشايخ قيل
ينفسخ بالعوارض المؤثرة في اختلال المنفعة من نحو انهدام الدار وانقطاع ماء
الرحى وماء الارض بحيث لا يمكنه ان يزرع ودبر الدابة ومرض العبد وهو رواية
الاصل واستدلوا عليه بانه لو انهدم الدار يجوز ان يخرج عنه المستاجر مع
غيبة الموجر ولا يلزم الاجر فلو لم ينفسخ العقد بدون الفسخ يتوقف خروجه
على حضرة الموجر وقيل لا ينفسخ بدون الفسخ بل يستحق الفسخ وهو رواية
الزيادات واستدلوا عليه بانه اذا صالح على سكنى دار فانهدمت الدار لم ينفسخ
الصلح وللمصالح ان يبني الدار ويمضي على الصلح وبما روي عن محمد فيمن استاجر
بيتا فانهدم ثم بناه الاجر فليس للمستاجر ان يمتنع عنه فهذا نص على ان الاجارة
لا تنفسخ هكذا ذكره في المحيط وقال والصحيح هو الثاني لان اصل المعقود عليه
لا يفوت بانهدام البناء لان الانتفاع بالعرصة ممكن بدون البناء الا انه ناقص
فكان بمنزلة العيب الفاحش وبالعيب يستحق الفسخ ولا ينفسخ ومن هنا قالوا
ان الاجارة هل تنعقد على الصحراء للسكنى قيل لا تنعقد لانه لا سكنى في الصحراء

وقيل

وقيل ينعقد وله خيار الفسخ لان السكنى يتحقق فيه الا انه ناقص وقيل ما ذكر في الاصل
محمول على ما اذا كان العذر جليا كما اذا استاجر لقلع السن وسكن وجعه
او لقطع يده للاكلة فبرئت الاكلة وما ذكر في الزيادات على ما اذا كان العذر
خفيا كالدين قال في قاضيخان اذا تحقق العذر ذكر في بعض الروايات
ان الاجارة تنتقض وفي بعضها انها لا تنتقض ومشايخنا وفقوا فقالوا ان
كانت الاجارة لغرض فلم يبق ذلك الغرض او كان عذر يمنعه من الجري على موجب
العقد شرعا تنتقض الاجارة من غير نقض كما لو استاجر لقطع يده عند
وقوع الاكلة او لقلع سنه عند الوجع فبرأت الاكلة وزال الوجع تنتقض
الاجارة لانه لا يمكنه الجري على موجب العقد شرعا وان استاجر دابة بعينها
الى بغداد لطلب غريم له او لطلب عبد ابق له ثم حضر الغريم وعاد العبد
من الاباق تنتقض الاجارة لانها وقعت لغرض وقد فات ذلك الغرض وكذا
لو وقع في بناء داره خلل فاستاجر لهدم البناء ولم يوجد فيه خلل او استاجر
طباخا لوليمة العرس فمات العروس بطلت الاجارة والا فلا تنتقض بغير
نقض ثم اذا تحقق العذر ومست الحاجة الى النقض هل ينفرد صاحب العذر
بالنقض او يحتاج الى القضاء او الى الرضاء اختلفت الروايات فيه والصحيح
ان العذر ان كان ظاهرا ينفرد وان كان مشتبها لا ينفرد تفسخ اي الاجارة
هو من الفسخ ولم يقل تنفسخ اشارة الى انها لا تنفسخ من غير فسخ بالعيوب
التي ذكرها في الكتاب موافقا للترجمة فانه قال باب فسخ الاجارة ولم يقل
باب انفساخ الاجارة وقيل انها تنفسخ من غير فسخ كما تقدم ذكره وفيه ايضا
اشارة الى انه لا حاجة الى قضاء القاضي في الفسخ وقيل انه يحتاج اليه على ما
تقدم بعيب حادث بعد قبض المستاجر او قبل قبضه لان العيب الذي حدث
بعد قبض المستاجر كان قبل قبض المعقود عليه في الحقيقة فيوجب الفسخ
وهذا لان المعقود عليه في الاجارة هو المنافع وانها توجد شيئا فشيئا
وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثا قبل
قبض ذلك الجزء وذلك يوجب الخيار كما في البيع فوت النفع كخراب الدار

المستاجرة اطلقه فتشمل خراب البيت وخراب الجدار منه المخل بالسكنى قال في
قاضيخان اذا انهدم البيت المستاجر او انهدم ما ينقض السكنى كالحائط ونحو
ذلك فله ان يخرج عن الدار ويفسخ الاجارة بكفرة الاجر لانه بمنزلة العيب الحادث
في البيع قبل القبض انتهى بخلاف ما اذا كان عيبا لا يضر بالسكنى كحائط سقط
ولم يكن محتاجا اليه في السكنى فانه لا تفسخ الاجارة به على ما في العناية
وانقطاع ماء الارض يعني استاجر ارضا للزراعة فخرب النهر الاعظم وعجز عن
السقي كان له ان يفسخ الاجارة وان لم يفسخ حتى مضت المدة كان عليه اجرها
اذا كان بحال يمكنه ان يحتال بحيلة فيزرع شيئا وان كان لا يقدر على ذلك
بوجه لا شيء عليه وكذا لو لم ينقطع الماء ولكن سال فيها حتى عجز عن الزراعة
فلا اجر عليه ولو استاجر ارضا فانقطع الماء ان كانت الارض تسقى بماء النهر
وبماء المطر لكن انقطع ماء المطر ايضا لا اجر عليه ولو غرقت الارض قبل ان يزرعها
فمضت المدة فلا اجر عليه كما لو غصبها غاصب ولو زرعها فاصاب الارض
افة فهلك الزرع او غرقت بعد الزرع ولم ينبت عن محمد في رواية كان عليه
الاجر كاملا وعنه في رواية انه اذا استاجر ارضا فقل ماؤها او انقطع فله
ان يخاصم الاجر الى القاضي حتى يترك الارض في يده باجر المثل الى ان يدرك
فان سقى وزرعه بعد ذلك لم يكن له ان ينقض الاجارة والمختار للفتوى انه
اذا هلك الزرع لم يكن عليه لما بقي من المدة بعد هلاك الزرع اجر الا اذا كان
متمكنا من ان يزرع مثل الاول ضررا بالارض او اقل ضررا من الاول وان اختل الزرع
وانقضت عليه كان عليه الاجر كاملا وان لم يسقه اذا لم يكن رفعه الى
الحاكم ولو استاجر ارضا من ارض الجبل فزرعها فلم تمطر عامة ولم ينبت
حتى مضت المدة ثم مطرت السماء ونبت الزرع قال محمد الزرع كله بطلت الاجارة
الكل في قاضيخان وقال في البزازية وعن ابي يوسف استاجر ارضا
للزراعة وانقطع الماء وبقي شيء من المدة ما يصلح ان يزرع غيرها ولم يخاصم
ولم ينقض حتى تمت المدة لزم تمام الاجر وان خاصم له نقض الاجارة وينقص
من الاجر بحسابه وان لم يصلح ان يزرع غيرها لا يلزمه الاجر فيما بقي وان لم يخاصم

او الرحى اذا انقطع ماء الرحى فهو عذر تنفسخ به الاجارة بل تنفسخ فان لم يفسخ يرفع
عنه من الاجر بحسابه لان المعقود عليه وهي المنفعة قد فاتت فواتا يرجى عوده
فيتخير المستاجر كما لو ابق العبد المستاجر للخدمة واختلفوا في تفسير قول محمد
بحسابه قيل حساب ايام الانقطاع حتى لو انقطع الماء عشرة ايام من الشهر سقط
حصة عشرة ايام من الاجر لانه فات منفعة الطحن في عشرة ايام وقيل
بقدر حصة الماء الذي انقطع دون الثلث فينظر الى بيت الرحى وهو يطحن بكم يستاجر
عشرة ايام وهو لا يطحن بكم يستاجر فان كان وهو يطحن يستاجر عشرة ايام
بعشرة وهو لا يطحن يستاجر بخمسة سقط خمسة دراهم وهي حصة ما انقطع
من الماء ولا يسقط ثلث المسمى كلا لان منفعة الطحن ان فات بقي منفعة السكنى
وربط الدابة فان له ان يسكن فيه ويربط فيه دوابه فسقط من الاجر
بقدر ما فات وبقي بقدر ما بقي قاله في المحيط السرخسي والاول اصح بدليل
ان محمدا قال اذا انقطع الماء شهرا ولم يفسخها المستاجر حتى مضى الشهر فلا اجر عليه
قال في قاضيخان استاجر رحى ماء فانقطع ماؤه كان له ان يرده وان
لم يرده حتى مضت المدة لا اجر عليه وان قل الماء بحيث تدور الرحى وتطحن بنصف
ما كانت تطحن كان للمستاجر ان يرده ايضا وان لم يرد حتى طحن كان ذلك
رضى وليس له ان يرده بعد ذلك لانه رضي بالعيب استاجر طاحونة ماء في
موضع يكون الحفر على الموجر في عرفهم واحتاج النهر الى الكرى وصار بحال لا يعمل
الا احد الرحائين فان كان بحال لو صرف الماء اليهما جميعا عملا نقصا كان للمستاجر
ان يفسخ الاجارة لاختلال المطلوب وان لم يفسخ الاجارة فعليه اجرها جميعا
لانه تمكن من الانتفاع بهما بصفة النقصان وان كان بحال لو صرف الماء اليهما
لم يعملا كان عليه اجر احدهما اذا لم يفسخ الاجارة لانه لم يتمكن من الانتفاع الا
باحدهما وان تفاوت اجرهما فعليه اجر اكثرهما اذا كان الماء يكفي لاكثرهما اجراء
وان كان ذلك في موضع يكون كرى النهر على المستاجر في عرفهم كان عليه
كل الاجر لان العجز والخلل كان لمعنى من قبله وهو بمنزلة ما لو استاجر خيمة وانكسرت
اوتادها لا يسقط الاجر لان الاوتاد تكون على المستاجر قال في المحيط السرخسي

لو اختلفا في انقطاع الماء فلا يخلو اما ان اختلفا في قدر ايام الانقطاع او اختلفا في
اصل الانقطاع فان اختلفا في قدر ايام الانقطاع بان قال المستاجر انقطع الماء
عشرة ايام وقال الآجر خمسة ايام فالقول للمستاجر لان الآجر يدعي تسليما مبتدا
بعود الماء بعد خمسة ايام والمستاجر ينكر فيكون القول له وان اختلفا في اصل
الانقطاع ينظر ان كان الماء منقطعا يوم الخصومة فالقول للمستاجر لان الظ
شهد له وان كان الماء جاريا فالقول للآجر مع يمينه لان الظ يشهد له اه او اخل به
عطف على قوله فوت والذي ظهر منه انه لم يفرق بين العيب المفوت للنفع وبين العيب
المخل بالنفع في ان العقد ينفسخ بالفسخ ولا ينفسخ بغير الفسخ والمختار الفرق بينهما
بان العقد ينفسخ بدون الفسخ بالعيب المفوت للنفع ولا ينفسخ بدون الفسخ بالعيب
المخل به كمرض العبد المستاجر للخدمة ولو كان العبد سارقا كان عذرا في فسخ
الاجارة مثل مرضه بخلاف ما لو وجد العبد غير حاذق في الخدمة فانه لا يكون
عذرا في الفسخ كذا في قاضيخان ودبر الدابة اي جرح ظهرها او خفها على ما نقل
عن ابن الاثير وكذا عرج الدابة عذر في الفسخ فلو انتفع اي المستاجر به اي بالمستاجر
بالفتح معيبا اي بالعيب المفوت للنفع وبالعيب المخل به على ما هو الظ من سوق كلامه
اما سقوط الخيار في الثاني فظ لان العقد لا ينفسخ به بدون الفسخ بالاتفاق
فاذا لم يفسخ وانتفع به معيبا سقط الخيار ولزمه الاجر واما سقوطه في الاول
فعلى القول ان العقد لا ينفسخ بالعيب المفوت للنفع ما لم يفسخ بل له خيار الفسخ ايضا
او ازال الموجر عيبه كما اذا بنى الدار المهدومة وكذا زال العيب بنفسه سقط خياره
لانه لما استوفى المنفعة مع العيب فقد رضي بالعيب فيلزم جميع الاجرة ليس
له خيار كما في البيع وتفسخ الاجارة بالعذر فيه اشارة الى انها لا تنفسخ من
غير فسخ بالاعذار التي ذكرها في الكتاب وقيل انها تنفسخ من غير فسخ والى انه
لا يحتاج في الفسخ الى القضاء وقيل انه يحتاج على ما تقدم وهذا عندنا وقال
الشافعي لا تفسخ الاجارة الا بالعيب بناء على اصله ان المنافع عنده بمنزلة
الاعيان حتى يجوز العقد عليها فكانت كالبيع والبيع لا يفسخ بالعذر بل انما يفسخ
بالعيب فكذا الاجارة قلنا ان المنافع غير مقبوضة قبل الاستعمال او الاستيفاء

وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ
به الاجارة كالبيع بالعيب لان العيب الحادث قبل القبض انما اوجب حق
الفسخ لانه لا يمكنه المضي في موجب العقد الا بضرر يلزمه وهو لم يرض به فثبت
له حق الرد دفعا للضرر عن نفسه وكذلك العذر متى تحقق قبل القبض عجز
العاقد عن المضي على موجب العقد الا بضرر يلزمه وهو لم يرض به ثم الشافعي
محجوج عليه بما سياتي من مسئلة قلع سن سكن وجعه وطبخ وليمة ماتت
عروسها اذ لا خلاف في جواز الفسخ بهذه الاعذار وكذا في غيرها
ومما خالفنا فيه الشافعي الفسخ بخيار الشرط وخيار الرؤية فانه يقول لا يصح
اشتراط الخيار في الاجارة ولا خيار الرؤية ايضا اما خيار الشرط فلان
الخيار ان كان للمستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات بعضه في مدة
الخيار وان كان للموجر فلا يمكن تسليمه على الكمال لفوات بعضه ايضا في مدة
الخيار وكل ذلك يمنع الخيار وهذا بناء على اصله ان المنافع جعلت في الاجارة
كالاعيان القائمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا هنا واما خيار
الرؤية فلان استيجار ما لم يره استيجار لما هو مجهول فلا يجوز للجهالة قلنا
في الجواب عن الاول ان الاجارة عقد معاملة لا يستحق القبض في المجلس
وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه وذلك بان استاجر دارا سنة على
انه او الموجر مخير فيها ثلثة ايام كما في البيع والجامع بينهما دفع الحاجة فانه لما كان
عقد معاملة يحتاج الى التروي لئلا يقع فيه الغبن وفوات بعض المعقود عليه
لا يمنع الرد بخلاف العيب في الاجارة كما تقدم فكذا بخيار الشرط بخلاف
البيع فان فوات بعض المبيع يمنع الرد وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون
الاجارة فلذا اشترط رد الكل في المبيع دون الاجارة لان التكليف بحسب
الوسع ولاجل عدم اشتراط رد الكل في الاجارة يجبر المستاجر على القبض
اذا سلم الموجر بعد مضي بعض المدة لان التسليم بكماله غير ممكن وبخلاف
النكاح فانه ليس بعقد معاملة فلا يحتاج الى التروي لانه لا يقع بغتة بل يقع
على وجه السوم والتامل فلا يحتاج الى اشتراط الخيار دفعا لاحتمال الغبن

وبخلاف الصرف والسلم لان القبض فيهما يستحق بالعقد في المجلس على ما تقدم فاشتراط
الخيار يمنع تمام القبض المستحق فيهما بالعقد وفي الجواب عن الثاني ان الجهالة انما
تمنع الجواز اذا كانت تفضي الى النزاع وهذه الجهالة لا تفضي اليها لانها ان لم يوافقه
يرده فلا تمنع الجواز فاذا ثبت له كل من خيار الشرط والرؤية ثبت له حق الفسخ
بكل منهما والمص ذكر في اول الاجارة جواز كل من خيار الشرط والرؤية ولذا
لم يذكر هنا وهو اي العذر هذا شروع في تفسير العذر الموجب لحق الفسخ عندنا
واعلم ان العذر الموجب لحق الفسخ على نوعين نوع في جانب الموجر ونوع في
جانب المستاجر وجعل الامام قاضيخان العيوب المذكورة من الاعذار التي في
جانب المستاجر والتعريف الذي ذكره المص صادق على النوعين على ما هو فائدة
التعاريف العجز عن المضي على موجب العقد الا بتحمل ضرر اي ضرر احد المتعاقدين
مالا او بدنا غير مستحق اي ذلك الضرر به اي بالعقد ولم يلتزم به وبه تم الحد
ثم شرع في ذكر امثلة العذر الذي في جانب المستاجر كقلع سن سكن وجعه
واستغنى عن قلعه بعد ما استوجر له اي للقلع فانه يفسخ للزوم ضرر القلع
للمستاجر وطبخ عطف على قلع اي كضرر طبخ طعام لوليمة ماتت عروسها بعد
الاستيجار للطبخ لها اي للوليمة يعني استاجر رجلا ليطبخ طعام الوليمة فماتت
عروسها فانه يفسخ العقد للزوم ضرر الطبخ للمستاجر واختلعت المراة من زوجها
فانه يفسخ العقد للزوم ضرر الطبخ للمستاجر ايضا وكذا اي يفسخ العقد لو استاجر
دكانا ليتجر في ذلك الدكان بالبيع والشراء فذهب ماله وافتقر فانه عذر
للمستاجر يفسخ به العقد سواء اراد ترك التجارة اصلا بسبب فقره او اراد التحول الى
التجارة اخرى لان في الجري على موجب العقد التزام ضرر لم يستحق بالعقد
وقال بعضهم ان تهيا له ان يعمل التجارة الثانية او الحرفة الثانية في الدكان
الاول ليس له ان ينقض الاجارة وان لم يتهيا له ذلك كان له ان ينقض الاجارة
كذا في قاضيخان بخلاف ما لو وجد دكانا ارخص من الاول فان ذلك
لا يكون عذرا وبخلاف ما لو اشترى دكانا فاراد التحول اليه فانه لم يكن عذرا كذا
في قاضيخان وهل يكون ضيق الدكان عذرا للمستاجر قيل لا وقيل نعم كذا في شرح

النقاية

النقاية قيده بالدكان وهل هو كذلك لو استاجر دارا ليسكن فيها ثم افتقر المستاجر
قلت انه كذلك كما في الحاوي القدسي فانه قال ولمن اجر دكانا او دارا ثم افلس
وركبته الديون فسخ القاضي العقد وهذا كله في جانب المستاجر ثم شرع في
بيان بعض العذر الذي في جانب الموجر او اجر شيئا اي بيتا او دكانا او رحى فلزمه
دين لا يجد قضاءه الا من ثمن ما اجره ولو وصلية باقرار اي ولو كان الدين
لزمه باقراره فيه اشارة الى ان الدين لو لزمه بعيان او بينة كان بطريق الاولى
في العذر وهل ينفرد الموجر في الفسخ بسبب هذا الدين ام يحتاج الى القضاء
او الرضاء ففي قاضيخان قال ان الموجر اذا لحقه دين لا وفاء له الا بثمن المستاجر
فان الموجر لا ينفرد بالنقض ويفوض ذلك الى القاضي لتعارض الضررين
فيرجح القاضي احدهما على الاخر فاذا اراد القاضي فسخ الاجارة لاجل الدين اختلفوا
فيه قال بعضهم يبيع الدار فينفذ بيعه فينفسخ الاجارة وقال بعضهم يفسخ الاجارة
اولا ثم يبيع هذا اذا كان الدين ظاهرا وان لم يكن ظاهرا ولكن صاحب الدار
اقر بالدين على نفسه وكذبه المستاجر قال ابو ح يصح اقراره ويفسخ القاضي
الاجارة بينهما وقال صاحباه لا يصح اقراره فالمص اختار قول ابي ح وهل يكون
الفقر عذرا للفسخ مثل الدين للموجر ففي قاضيخان جعله عذرا ايضا فانه قال رجل
اجر داره ثم صار معسرا ولا يجد نفقة نفسه ولا عياله كان له ان يفسخ
الاجارة كما لو لحقه دين فادح انتهى بخلاف ما لو انهدم المنزل الذي سكنه الموجر
وليس له مسكن اخر سوى الذي اجره فانه لم يكن له ان يفسخ الاجارة وكذا لو اراد
الاجر ان يتحول عن مصره لم يكن ذلك عذرا كذا في قاضيخان او استاجر عبدا
للخدمة في المصر متعلق بالخدمة مطلقا اي غير مقيد بالخدمة في المصر
فسافر اي المستاجر فان سفر المستاجر عذر له يفسخ به الاجارة لان من استاجر
عبدا للخدمة ليس له ان يخرجه الى السفر بخلاف سفر الموجر فانه ليس بعذر له
وكذا سفر من استاجر دارا عذر له يفسخ به الاجارة لا سفر الموجر او اكترى
دابة للسفر ثم بدا له منه اي ان يقعد من السفر او يرجع عنه في بعض الطريق
فان هذا عذر للمستاجر يفسخ به الاجارة ولو بدا للمكاري منه اي من السفر فليس

بعذر لانه يمكنه ابقاء المعقود عليه من العبد والدابة والدار في يد المستاجر من غير
لزوم ضرر بان يقيم غيره مقام نفسه في الحي ودفع الدابة اليه ولو مرض
اي المكاري فهو اي مرض المكاري عذر في رواية الكرخي لانه لا يعرى عن ضرر لان
غيره لا يشفق على دابته او عبده مثله والمكاري لا يمكنه الخروج اليه بنفسه
لمرضه فيتضرر بخلاف ما اذا لم يمرض المكاري فانه يمكنه الخروج اليه بنفسه
فلا يتضرر دون رواية الاصل لما ذكرناه من انه يصح اقامة الغير مقامه للحفظ
ولو استاجر خياطا يعمل صفة الخياط لنفسه احترز به عن خياط يعمل بالاجر على
ما سياتي حكمه عبدا مفعول استاجر يخيطه صفة عبدا له اي للخياط الذي يعمل لنفسه
فافلس الخياط فهو اي افلاس الخياط عذر يفسخ به الاجارة لانه يلزمه الضرر بالمضي
على موجب العقد لفوات مقصوده وهو راس ماله بخلاف خياط يخيط للانسان
بالاجر فان راس مال هذا الخياط الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق فيه
الافلاس حتى لو استاجر هذا الخياط غلاما يخيط معه في الدكان فليس له
فسخ الاجارة مع الغلام وقيل يتحقق له الافلاس ايضا بان يظهر عند الناس
خيانته فيمتنعون عن تسليم الثياب اليه او يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث ان
الناس لا يامنون عن ثيابهم بخلاف متعلق بالمسئلة الاولى اعني قوله ولو استاجر
خياط لعمل لنفسه تركه الخياطة ليعمل ذلك الخياط في الصرف يعني استاجر
خياط يعمل لنفسه عبدا يخيط له ثم اراد الخياط ترك الخياطة ليعمل في الصرف
فهذا ليس بعذر يفسخ به العقد مع العبد لانه يمكنه المضي على موجب العقد بدون
لزوم ضرر له بان يقعد العبد للخياطة في ناحية الدكان وهو يعمل الصرف
في ناحية اخرى منه وبخلاف بيع ما اجره فان بيعه ليس بعذر لانه لا يلزمه
الضرر في المضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح وانه امر زائد كذا
في الهداية وقد تقدم ان بيع المستاجر موقوف على فك المستاجر ومع هذا
ليس للمستاجر ان يفسخ العقد بل البيع نافذ في حق البايع والمشتري
حتى لا يحتاجان الى تجديد البيع بعد الاذن ولو استاجر دكانا لعمل الخياطة
فتركه لعمل اخر عذر لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين فيكون عذرا كما لو اراد

تركه بعذر الافلاس او الدين وكذا لو استاجر عقارا من دكان او دار او حمام او خان
ثم اراد السفر فانه عذر للمستاجر والا لزم المنع من السفر او الزام الاجر على
المستاجر بدون السكنى وذلك ضرر له بخلاف الموجر فانه لو اجر عقاره ثم
سافر لم يكن ذلك عذرا له في فسخ الاجارة لانه لا ضرر له فيه اذ المستاجر
يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته وتنفسخ الاجارة بلا فسخ ولذا قال تنفسخ كما
فيما سبق اذ لا خلاف في انفساخها بدون الفسخ بعذر الموت بموت احد العاقدين
اي احد من الاجر والمستاجر او احد من الاجرين او احد من المستاجرين اذ الاجارة
تنعقد ساعة فساعة فيتوقف على حيوتهما فاذا مات تنفسخ لكنه لو مات احد
الاجرين او احد المستاجرين تنفسخ الاجارة في حصته فقط دون حصة
الحي على ما صرح به في قاضيخان والكافي والمحيط وارتداد احد المتعاقدين
ولحوقه بدار الحرب كموته في كونه عذرا للفسخ وان عاد مسلما الى دار الاسلام
في مدة الاجارة عادت الاجارة كذا في قاضيخان فان قيل هذا منقوض
بما ذكر في المحيط لو مات احد العاقدين قبل انقضاء مدة الاجارة وفي الارض
المستاجرة زرع يترك ذلك ويكون على المستاجر او على ورثته الاجر المسمى
لان القول بالانفساخ اضرار باحدهما فانه يوجب قلع الزرع فبقينا العقد
لهذا الضرر ولهذا وجب المسمى لان الباقي في حكم ذلك العقد وذلك العقد
يستدعي ان يكون مضمونا بالمسمى انتهى فقد صرح بان هذه الاجارة لا تنفسخ
بموت احد العاقدين وكذا لو مات المكاري في الطريق لا ينفسخ العقد حتى
يبلغ مامنه على ما صرح به قلنا بقاء هذه الاجارة لضرورة المصلحة على ما صرح
به في المحيط كما ترى والضرورات مستثناة عقدها اي الاجارة وهو
صفة لاحد لنفسه فان عقدها لغيره فلا تنفسخ لبقاء العاقدين حقيقة
لان حكم العقد لم يقع له بل للغير فموته لا يغير حكمه كالوكيل بالايجار فان حكم
العقد وقع للموكل فموته يؤثر في فسخ العقد لا للوكيل فلا يؤثر موته قال في
قاضيخان تبطل الاجارة بموت الموكل لا بموت الوكيل بخلاف الوكيل بالاستيجار فانه
كالمالك اذا مات تبطل الاجارة لانه وكيل بشراء المنافع فكان كالوكيل بالشراء

على ما في البزازية ولهذا قيدنا الوكيل بالايجار والوصي اذا اجر عقار اليتيم او ارضه
ثم مات الوصي لا ينفسخ الاجارة وكذا الاب والقاضي اذا اجر ارض اليتيم او عقاره
ثم مات لا ينفسخ العقد ولو اجر الاب او الوصي او القاضي مال اليتيم فبلغ اليتيم
في مدة الاجارة كان له ان يفسخ الاجارة وكذا لو اجر المولى عبده ثم اعتقه
في مدة الاجارة كان للعبد ان يفسخ الاجارة كذا في قاضيخان ومتولي
الوقف فانه اذا اجر الوقف ثم مات او عزل لم ينفسخ الاجارة لانه يعمل للغير كالوكيل
قال في البزازية الواقف اذا اجر الوقف بنفسه ومات القياس ان ينفسخ وبه
اخذ ابو بكر الاسكاف لانه كالمالك لا لاحد حجره وفي الاستحسان لا يبطل
لانه يعمل للغير كالوكيل انتهى اطلقه وهو مقيد بما لم يكن موقوفا عليه كما صرح به في
وقف الاشباه حيث قال الناظر اذا اجر ثم مات فان الاجارة لا تنفسخ بموته
الا اذا كان هو الموقوف عليه وكان جميع الريع له فانها تنفسخ بموته **مسائل**
شتى اي المتفرقة ولو احرق حصائد جمع حصيد وهو الزرع المحصود والمراد
بها هنا ما يبقى من اصول القصب المحصود في الارض مستاجرة او مستعارة
يعلم منه ارض مملوكة له بطريق الاولى فاحترق شيء في ارض غيره لا يضمن
لان هذا سبب لا علة وشرط الضمان في التسبب التعدي ولم يوجد التعدي
هنا فصار كما لو حفر بئرا في ملك نفسه او احرق حصائد ملك نفسه فتلف به
انسان فانه لا يضمن لعدم التعدي فانه تصرف في ملكه بخلاف ما اذا احرق
شيئا لانسان في المواضع الذي اوقد فيه النار او رمى سهما في ملكه فاصاب
انسانا حيث يضمن لانه مباشر فلا يشترط فيه التعدي لان المباشرة علة
لا يبطل حكمها بعذر متى وجدت وجد الحكم البتة والتسبب ليس بعلة فلا بد
له من التعدي ليلحق بالعلة واحراق الحصائد في مثله مباح فلا يضاف
الحكم اليه فلا يصير علة هكذا ذكر المسئلة مشايخنا من غير تقييد وقيدها
شمس الائمة بما ذكره المص وهو قوله ان كانت الريح هادية وان كانت مضطربة
ضمن واختلف في تفسير قوله هادية قيل انها بالنون من هدنت اي سكنت
وقيل انها بالياء من هدات بالهمزة اي سكن معناه على التقديرين انه اذا كانت الريح

ساكنة حين اوقد النار ثم تحركت لا يضمن لانه لا صنع له في تحريكها واما اذا كانت
الريح مضطربة حين اوقد النار ينبغي ان يضمن لانه يعلم انها لا تستقر فلا يقدر
هذا مختار شمس الائمة واختاره المص ايضا ومن هذا التفصيل قالوا انه لو وضع
جمرة في الطريق فاحرقت شيئا ضمن لانه صار متعديا بالوضع على الطريق
ولو رفعته الريح الى شيء آخر فاحرقت شيئا لا يضمن لان الريح نسخت فعله
فلم يكن متعديا ولو اخرج الحداد الحديد من الكير في دكان فوضعه على العلاة
وضربه بمطرقة وخرج منشور النار الى طريق العامة واحرق شيئا ضمن
ولو لم يضربه ولكن اخرج الريح شيئا فاحرق شيئا لم يضمن لعدم التعدي ولو
اوقد في تنوره نارا والقى فيه من الحطب ما لا يحتمله التنور فاحرقت بيته
وتعدت الى دار الجار فاحرقها يضمن صاحب التنور ولو مر بنار في ملكه
او ملك غيره فوقعت شرارة منها على ثوب انسان فاحرق قال محمد بن الفضل
يضمن لانه لو لم يتخلل بين حمل النار والوقوع على الثوب واسطة حتى لو طارت
الريح بشرر من النار والقته على ثوب انسان لا يضمن لانه غير مضاف اليه
بل الى الريح كذا روي عن ابي يوسف وقال بعض مشايخنا ان مر بالنار في
موضع له حق المرور فوقعت منه شرارة في ملك انسان او القاها الريح لا يضمن
وان لم يكن له حق المرور في ذلك الموضع فالجواب على التفصيل ان وقعت منه
شرارة يضمن وان هبت به الريح لا يضمن وعليه الفتوى وله نظائر
ولنذكر بعضها وفي العمادي اذا تعلق برجل وخاصمه فسقط من المتعلق به
شيء فضاع يضمن المتعلق للتعدي اي ان سقط من تعلقه والا فلا ومن بيت
نفسه فسقط من ذلك بيت جاره لا يضمن لانه غير متعد فيه ولو ضرب
رجلا فسقط المضروب مغشيا عليه فسقط منه شيء وتوى قال محمد يضمن
الضارب المال الذي مع المضروب لانه هو المستهلك وكذا يضمن ثيابه التي
عليه لو تلفت وكذا لو مات المضروب ولو اخذ رجلا والقاه في حوض او نهر
وفي جيب ذلك الرجل او في كيسه دراهم فسقط في الحوض ان سقط
عند القائه في الماء يضمن لانها سقطت بفعله وان سقطت وقت خروجه

عن الماء لا يضمن لانها ضاعت بفعل صاحبها لو قال لغيره اسلك هذا الطريق
فانه آمن فسلك واخذه اللصوص لا يضمن ولو قال ان كان مخوفا واخذ مالك
وانا ضامن وباقي المسئلة بحالها ضمن لان الغرور انما يرجع على الغار اذا
حصل الغرور في ضمن عقد المعاوضة او ضمن الغار السلامة للمغرور نصا
ولو قال الطحان لصاحب الحنطة اجعل الحنطة في الدلو فجعله في الدلو
فذهب من ثقب كان به الى الماء والطحان كان عالما به يضمن لانه صار غارا
في ضمن العقد بخلاف المسئلة الاولى لانه ثمة ما ضمن السلامة بحكم العقد
وههنا العقد يقتضي السلامة فيصير مغرورا فيضمن فتح باب قفص لرجل
فخرج منه الطائر او فتح الزق والسمن جامد فذاب فخرج منه السمن قال
محمد يضمن الفاتح بخلاف ما لو حل قيد العبد فابق العبد فانه لا يضمن لان
العبد له عزيمة فان العبد ذاهب العقل لا يضمن وقال ابو ح لا يضمن في الكل
لان الطير على الخروج بل هو مقتضى طبعه والسمن تلف من دونه لا من فتح
الزق والفتح سبب بعيد فلا يضاف التلف اليه والجواب ان كون الطير على
الخروج لما كان مقتضى طبعه لا عن عزيمة اذ لا عزيمة للحيوان كان القياس
ان يضمن الفاتح كما في حبل القنديل لان السقوط بعد قطع الحبل من
مقتضى طبع القنديل بخلاف ما لو شق زق دهن سائل حتى سال فانه يضمن
بالاتفاق في ذكر قطع حبل قنديل معلق فسقط وهلك ولو فتح باب اصطبل
وخرج الحمار وتلف قال محمد يضمن وقال ابو ح لا يضمن ولو نقب حائط انسان
بغير الاذن ثم غاب الناقب فدخل انسان من ذلك النقب وسرق شيئا لا ضمان
على الناقب لانه مسبب لا مباشر والمباشر هو السارق وقيل يضمن الناقب
والمختار للفتوى عدم الضمان على الناقب واعلم ان اصحابنا فرقوا بين النار والماء
وقالوا لا ضمان بسراية النار ويضمن ما تلف بسراية الماء لان طبع النار الخمود والتعدي
انما يكون بفعل الريح ونحوه وطبع الماء السيلان فالتعدي من فعل مسيل
الماء قال ابو جعفر من سقى ارضه فتعدى الى ارض جاره فهو على وجوه ان
اجرى الماء في ارضه اجراء لا يستقر في ارضه وانما يستقر في ارض جاره

كان

كان ضامنا وان كان الماء يستقر في ارضه ثم يتعدى الى ارض جاره ان تقدم
اليه جاره بالسكر والاحكام ولم يفعل كان ضامنا ويكون هذا بمنزلة الاشهاد
على الحائط المائل وان لم يتقدم اليه حتى تعدى لم يضمن وان كان ارضه صعودا
وارض جاره هبوطا يعلم انه اذا سقى ارضه ينفذ الى ارض جاره كان ضامنا
ويؤمر بوضع المسناة وذكر في الملتقط اذا اجرى الماء في النهر ما لم يحتمله النهر
فدخل دار انسان بغير ثقب ضمن ما تلف وان دخل دارا من جحر لولا الجحر
لما دخل والجحر خفي لا ضمان عليه الكل في ضمانات العادي والفضولين ويطلب
تفصيله من هذين الكتابين ولو اقعد خياط او صباغ في حانوته اي دكانه
من يطرح عليه العمل بالنصف الباء متعلق باقعد صح في الاستحسان صورته
انه اذا كان للخياط او الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور بين الناس وله
جاه واعتبار عندهم ولكنه غير حاذق فاقعد في دكانه رجلا حاذقا يتقبل
صاحب الدكان العمل من الناس ويطرح العمل على ذلك الرجل الحاذق ويعمل
الحاذق وجعلا ما يحصل من الاجرة بينهما نصفين جاز استحسانا وفي القياس
لا يجوز والطحاوي مال الى القياس وقال القياس في هذه المسئلة اولى عندي
من الاستحسان وجه القياس ان راس مال صاحب الدكان المنفعة وهي
لا تصلح راس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان على ما ذكرناه
يكون العامل اجيره بالنصف وهو مجهول وان كان العامل مستاجر الموضع جلوسه
من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول فلا يصح ووجه الاستحسان ان هذه
ليست باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل ان يكون
ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لحذاقته
وهو متعارف فوجب القول بصحته للتعامل فان قيل ان شركة التقبل هو ان
يشتركا على ان يتقبلا الاعمال على ما تقدم في الشركة وههنا ليس كذلك بل هما
اشتركا في الحاصل من الاجر اجيب بان الشركة في الخارج يقتضي اثبات
الشركة في التقبل فيثبت فيه اقتضاء فاذا كان شركة لا اجارة لم يضره الجهالة
بما يحصل كما في الشركة وكذا اي صح لو استاجر جملا اي ابلا ليحمل عليه محملا

وراكبين الى مكة وله المحمل المعتاد والقياس ان لا يصح وهو قول الشافعي لان المحمل مجهول
فيفضي الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع
وما فيه من الجهالة يزول بالصرف الى المعتاد وان شاهد الجمال بالجيم اى المكارى
المحمل فهو اجود لانه ابعد من الجهالة واقرب بتحقق الرضاء منه وان استاجره
اى الجمال لحمل زاد الى مكة مثلا فاكل منه اى من الزاد في الطريق فله اى للمستاجر
رد عوضه اى رد ما اكل من الزاد لانه استحق عليه حمل قدر معين في جميع
الطريق فله ان يستوفيه وقال بعض الشافعية ليس له ان يرد عوض ما اكل
لان عرف المسافرين انهم ياكلون الزاد ولا يردون بدله شيئا والمطلق يحمل
على المتعارف وعقدهم هذا مطلق فيحمل على عدم الرد بخلاف الماء حيث يكون له
الرد بدل ما نفد منه لان العرف عندهم في الماء جرى برده عند نفاده
ولنا انه لما استحق عليه حمل قدر معين في جميع الطريق له ان يستوفيه
والعرف مشترك فان بعض المسافرين يردون الزاد كالماء فلا يلزم متعارف
البعض او يحمل فعل من لا يرد منهم على انهم استغنوا عن الرد فلا يلزم حجة علينا
ولهذا يرده بعضهم وهم المحتاجون اليه فوجب جواز رد ما نقص وهو المقصود
من قوله فله رد عوضه انه يجوز له رد عوضه ان اراد الرد وليس للمكارى منعه
ولو قال الغاصب داره فرغها من التفريغ والا اى وان لم تفرغها فاجرها كل شهر
كذا اى فهى عليك كل شهر بكذا فلم يفرغها الغاصب فعليه اى فعلى الغاصب المسمى
لانه رضى بالمسمى بطريق التعاطى وفي اضافة الدار الى ضمير المغصوب منه اشارة
الى ان الغاصب مقر بان الدار ملك المغصوب منه فان جحد الغاصب ملكه
او لم يجحد لكن قال لا اريدها بالاجر فلا اجر على الغاصب لانه لم يكن راضيا
بالاجارة على التقديرين وان وصلية برهن المغصوب منه على ملكه بعد
جحده اى جحد الغاصب او يحكم بالدار للمغصوب منه بلا اجر عليه لان الحكم يثبت
بقدر دليله وانما قال لكن قال لا اريدها بالاجر اذ لو سكت عند قوله فرغها
والا فاجرها كل شهر كذا يلزمه المسمى على ما صرح به الشيخ علاء الدين فانه في
اول الاجارات من القنية رهن دار غيره وهى معدة للاستغلال فسكنها

المرتهن لا شئ عليه لانه لم يسكنها ملتزما للاجر بل بناء على عقد الرهن كما لو رهنها المالك
فسكنها المرتهن لا يجب الاجر لما ذكر ثم قال بعلامة محمد ترجمانى سئل الوبرى
عن فساد البيع بوجه او فسخ البيع بالتراضى وطلب البايع الدار وامتنع مشتريها
عن ردها فقال البايع هى عليك كل سنة بخمسة دنانير ومضت السنة
اجاب الوبرى بانه يجب المسمى ان سكت المشترى اما اذا صرح بالانكار فلا شئ
عليه لان الدلالة تبطل بالصريح بخلاف قال الجندى والصفار المروزى
غصب دابة او دارا فقال مالكها له اجرتها كل يوم درهم او قال ان لم ترد الى
فعليك كل يوم درهم واستعملها مدة لا اجر عليه ما لم يقبل العقد وهذا
خلاف جواب الوبرى ورجح الامام الزاهدى في القنية نقلا عن استاده
جواب الوبرى حيث قال بعد ما نقل جواب الوبرى والجندى والصفار
قال استادنا وما اجاب به الوبرى صحيح من حيث الرواية ذكر في شرح
السير الكبير استشهادا بان الموجر اذا استشهد على المستاجر بعد ما نهاه
عن الاقامة فيها بعد مضى مدة الاجارة انه ان اقام الشهر الداخل فاجر
الدار عليه عشرون درهما ثم اقام فعليه عشرون درهما لانه رضى المشروط
قال واشنع اصحابنا منه مسئلة اخرى فقالوا جميعا بان المغصوب منه
اذا اشهد على الغاصب انه ان رددت الى دارى فيها والا اخذت منك كل شهر
الف درهم فالاشهاد صحيح فلو اقام فيها الغاصب بعده يلزمه الاجر المسمى
قال وفي المحيط نقلا عن النوازل مثل مسئلة الاستشهاد وفي المنتقى
مثل مسئلة الغاصب لكن هنا ما اجاب به الجندى والصفار صحيح من حيث
المعنى لان اقامة الغاصب فيه محتمل فلا يكون رضا بالشك هذا والذى ظهر
من كلام المص انه اختار جواب الوبرى في مسئلة الغصب ايضا يعنى انه
يلزم الغاصب المسمى بعد تقاضى المغصوب منه وان سكت الغاصب عن قبول
العقد صريحا واختاره ايضا في البزازية حيث قال فيها سكن دار غيره لا يجب
الاجر الا اذا تقاضاه رب الدار وسكن الغاصب بعده لانه يكون التزاما
ومن اجر ما استاجره باكثر تصدق بالفضل لانه ربح ما لم يضمنه وعنده

الشافعي يطيب له الفضل لان المنفعة مقبوضة حكما عنده لكونها بمنزلة الاعيان
عنده فصارت ربح ما قبض هذا فيما اذا كانت الاجرة الثانية من جنس الاول
والا طاب الفضل اتفاقا على ما ذكره الطحاوي كذا في شرح المجمع قال في البزازية
لا يجوز له الفضل الا في مسئلتين احدهما اذا كانت الاجرة الثانية من خلاف
جنس الاول الثانية ان يعمل المستاجر عملا يكون قائما وقت اجارة كعمارة الدار
وتجصيصها او جعل المسناة على الارض بخلاف كنس الدار ورفع التراب وتصح
الاجارة مضافة الى الزمان المستقبل كما اذا اضافها الى رمضان وهو في شعبان
بان قال اجرتك داري هذه بكذا غدا او في رمضان الى سنة وهو في
شعبان وهذا لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب وجود المنافع
وحدوثها والمنافع لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة الى
المستقبل بالضرورة وهذا هو معنى الاضافة وهل يجوز نقض هذه الاجارة
قبل مجيء ذلك الوقت ففي اول اجارات قاضيخان رجل قال لغيره اجرتك
داري هذه غدا بدرهم ثم اجرها اليوم من غيره الى ثلثة ايام فجاء الغد واراد
المستاجر الاول ان يفسخ الاجارة الثانية فيه روايتان عن اصحابنا في
رواية للاول ان يفسخ الاجارة الثانية وبه اخذ نصير وفي رواية ليس له
ان يفسخ الثانية وبه اخذ الفقيه ابو جعفر والفقيه ابو الليث وشمس الائمة
الحلواني وهو قول عيسى بن ابان وعليه الفتوى وذكر شمس الائمة السرخسي الاصح
عندي ان الاجارة المضافة لازمة قبل وقتها فلا يظهر الثانية في حق الاول
انتهى فعلم منه ان جواز نقض الاجارة المضافة قبل وقتها مختلف فيه والمختار
للفتوى جوازه بالاجارة الثانية والمختار عند السرخسي عدم جوازه ولو كانت
الاولى ناجزة لا يظهر الثانية في حق الاول هذا اذا كانت الاولى مضافة
الى الغد ثم اجر من غيره اجارة ناجزة ولو كانت الثانية مضافة ايضا لا يظهر
في حق الاولى اتفاقا هذا فيما اذا اجر الى غيره قبل مجيء ذلك الوقت وهل يجوز
له نقضه قبل مجيء ذلك الوقت بالبيع الى الاخر ام لا يجوز ذكر في قاضيخان
عن المنتقى فيه روايتان في رواية ليس للآجر ان يبيع قبل مجيء الوقت وفي رواية

قال

قال اذا باع او وهب قبل مجيء الوقت جاز ما صنع والفتوى على انه ينفذ البيع وتبطل
الاجارة المضافة وهو اختيار شمس الائمة الحلواني ثم اذا نفذ البيع فان رد
عليه بعيب بقضاء او رجع في الهبة قبل مجيء وقت الاجارة عادت الاجارة
على حالها وان عاد اليه بملك مستقل لا تعود الاجارة وهل يملك الآجر الاجرة
بالتعجيل او باشتراط التعجيل في الاجارة المضافة كما يملكها في الاجارة
المطلقة على ما تقدم في اول الاجارة ففيه روايتان في رواية انه يملك
بالتعجيل او باشتراط التعجيل وفي رواية لا يملك ذكره قاضيخان في فصل
الاجارة الطويلة وفي شرح النقاية والفتوى على انه يملك هذا كلها في
اضافة الاجارة الى زمان مستقبل بان قال اجرتك داري هذه غدا بكذا
واما لو علقها بزمان مستقبل بان قال اذا جاء غد فقد اجرتك داري هذه
بكذا ففيه اختلاف قال الفقيه ابو الليث وابو بكر الاسكاف انه يجوز ولا يعد
هذا خطرا في الاجارة لان هذا الوقت يجيء لا محالة بخلاف التعليق بشرط
اخر مثل قدوم زيد وشفاء المريض ونحوهما وقال ابو القاسم الصفار لا يجوز
وفي القنية والفتوى على الجواز وكذا فسخها اي يصح فسخ الاجارة مضافة
الى زمان مستقبل بان يقول فسختها غدا او راس الشهر الاتي واما تعليق
فسخها بزمان مستقبل مثل مجيء غد فلا يصح على المفتى به كما في قاضيخان
حيث قال في اول الاجارات لو اجر داره كل شهر بكذا ثم قال اذا جاء الشهر
فقد ابطلت الاجارة قال الفقيه ابو الليث كما يصح تعليق الاجارة بمجيء الشهر
يصح تعليق فسخها ايضا بمجيء الشهر وغيره من الاوقات وقال شمس الائمة
السرخسي قال بعض اصحابنا اضافة الفسخ الى الغد وغيره من الاوقات
صحيح وتعليق الفسخ بمجيء الشهر وغيره لا يصح والفتوى على قوله والمزارعة
اي وتصح المزارعة ايضا مضافة الى الزمان المستقبل بان قال دفعت اليك
هذه الارض للزراعة او العمل فيها غدا او راس الشهر الاتي واما تعليقها بالشرط
فلا يصح على ما نعلم قبيل كتاب الصرف والمعاملة اي المساقات بان قال
ساقيتك بستاني هذا او كرمي او اشجاري هذا من اول الشهر الاتي او بعد شهر

من هذا الوقت صح واما تعليقها بالشرط فلا يصح على ما تقدم والمضاربة كما اذا دفع
عشرة دراهم الحديد وقال له بعد ما صارت العشرة عشرين اعمل به مضاربة بالنصف
فانه يصح ويصير مضاربا عند صيرورة العشرة عشرين وقد تقدم انها يصح تعليقها
بالشرط ايضا والوكالة كما اذا قال بع عبدي غدا او راس الشهر الآتي يصح ويصح
بيعه في الغد وراس الشهر الآتي واختلف في العزل قبل ذلك الوقت وصح عزله
اجماعا بشرط علم الوكيل على ما في شرح النقاية نقلا عن العمادي ويصح تعليقه
بالشرط كما تقدم والكفالة بان قال كفلت بنفس فلان غدا والايصاء اي
جعله وصيا بان قال اوصيتك بعد موتي والوصية بان قال ثلث مالي لكذا
بعد موتي والقضاء والامارة اي تفويضها بان قال الامام انت قاض او امير
راس الشهر الآتي والطلاق بان قال لامرأته انت طالق غدا او راس الشهر الآتي
فتطلق في ذلك الوقت والعتق بان قال لعبده انت حر غدا والوقف بان قال
داري هذه موقوفة على كذا بعد موتي او بعد هذا الشهر لا البيع اي لا يصح اضافة
البيع الى الزمان المستقبل كما اذا قال بعتك عبدي غدا واجازته اي البيع اذا عقد
فضولي بان قال اجزت بيعه غدا وفسخه اي البيع ولو كان بيعا جائزا فلو قال
احد العاقدين فسخت البيع بعد غد لا يصح الفسخ والقسمة بان قال اقتسمت غدا
لم يصح والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء دين وكذا
لا يصح العفو عن القصاص مضافا بان قال عفوت عنه غدا كما في العمادي وانما
لم يجز اضافة هذه العقود الى الزمان مستقبل لانها تمليك وقد امكن تنجيزها
للحال فلا حاجة الى الاضافة الى المستقبل بخلاف الفصل الاول

كتاب المكاتب

قال في المصباح كاتبت العبد مكاتبة وكتابا من باب قاتل قال الازهري الكتاب
والمكاتبة ان يكاتب الرجل عبده او امته على مال منجم ويعتق العبد اذا ادى النجوم
والعبد مكاتب بالفتح اسم مفعول وبالكسر اسم فاعل فعلى هذا معنى التركيب كتاب
احوال مكاتبة المكاتب اورده عقيب كتاب الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما
عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض
بالايجاب والقبول بطريق الاصالة بخلاف البيع فانه عقد يستفاد به المال

بمقابلة مال وكذا الهبة بشرط العوض وبخلاف النكاح والطلاق والعتق على مال
فانها عقود يستفاد بها المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر
العوض بالايجاب والقبول لكن ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة بل بطريق
التبع الكتابة هو في اللغة اسم للمكتوب قيل في بعض الشروح هي لغة
مصدر كاتب عبده قلت فيه نظر لان مصدر كاتب عبده ليس كتابة بل مكاتبة
وكتابا واما الكتابة فمصدر كتبنا في المعاملات لا مصدر كاتب عبده على
ما صرح به في المصباح حيث قال يقال كاتب العبد مكاتبة وكتابا من باب
قاتل وكتبنا كتابا في المعاملات وكتابة بمعنى وقول الفقهاء باب الكتابة فيه
تسامح لان الكتابة اسم للمكتوب وقيل للمكاتبة كتابة تسمية باسم المكتوب مجازا
واتساعا لانه يكتب في الغالب للعبد على مولاه كتابا بالعتق عند اداء النجوم
ثم كثر الاستعمال حتى قال الفقهاء للمكاتبة كتابة وان لم يكتب شيء وعند الزمخشري
جعل المكاتبة والكتابة بمعنى واحد ولا يكاد يوجد لغيره ويجوز انه اراد الكتاب
فطغى القلم بزيادة الهاء انتهى ما في المصباح وقال في المغرب واما الكتابة في
معنى المكاتبة فلم اجدها الا في الاساس وفي الشرع تحرير المملوك فيه اشارة
الى ان شرط الكتابة قيام الرق في المحل بدا بمعنى من التحرير اي ازالة المولى عن
نفسه ملك اليد وتمليكه الى العبد حتى لا يملك المولى اكسابه في الحال متعلق
بالتحرير ايضا فلا يمنعه المولى عن البيع والشراء والخروج الى السفر ورقبة عطف على
يدا في المال اي في وقت اداء بدل الكتابة هذا قول العامة وقال بعض مشايخنا
انها تحرير المملوك يدا ورقبة في الحال لكنه لا يملك حقيقة الا عند الاداء وهذا
تحديدها شرعا واركانها الايجاب والقبول بالفاظ سيأتي ذكرها وشرطها
قيام الرق في المحل وكون البدل معلوما ما لا كان او عملا واما كونه منجما او مؤجلا
فليس بشرط حتى يجوز الكتابة على المال الحال والمنجم وحكمها في جانب العبد
انتفاء الحجر وثبوت الحرية في حق اليد حالا وفي جانب المولى بقاء رقبة العبد
على ملكه وثبوت حق المطالبة ببدلها متى شاء واسترداده الى ملكه اذا عجز فمن
كاتب مملوكه بان قال كاتبتك على الف او على ان تخدمني شهرا او سنة او سنتين

مثلا فان الكتابة على الخدمة مدة معينة جائزة استحسانا وفي واقعات المفتي
من قال لعبده انت حر على ان تخدمني اربع سنين فقبل عتق وعليه ان يخدمه اربع
سنين فان مات المولى بطلت الخدمة لانه شرط الخدمة للمولى وقد مات
المولى فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف على العبد قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته
اربع سنين ولو كان خدم سنة ثم مات المولى فعلى قولهما عليه ثلثة ارباع قيمة
نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته ثلث سنين وكذلك لو مات العبد وترك
ما لا يقضي لمولاه في ماله بقيمة نفسه في قولهما وفي قول محمد يقضي بقيمة
الخدمة انتهى وفي الحاوي القدسي نأخذ بقول محمد ولو وصلية صغيرا يعقل
اي يعقل ان البيع سالب للملك والشراء جالب له خلافا للشافعي فانه قال لا يصح كتابة
الصغير لانه ليس باهل للعقد قلنا انه اذا كان عاقلا للبيع والشراء كان من اهل القبول
وان كان لا يعقل فكاتبه ثم اداها عنه رجل فقبلها المولى لم يعتق ويسترد المال لان
اداء البدل انما يتصور في عقد منعقد لا في عقد باطل ولا بد ايضا ان يعقل
الغبن اليسير من الفاحش على ما في المضمرات بمال متعلق بكاتب ولا بد ان يكون
المال معلوما والا فلا يصح حالا او مؤجلا سنة او سنين مثلا او منجما بان يقول
كاتبتك على الف درهم الى سنة على ان تعطيني كل شهر كذا وهو من التنجيم بمعنى التوقيت
بطلوع النجم قال الراغب اصل النجم الكوكب الطالع ويقال نجمت عليه اذا وزعته كانك
فرضت ان تدفع عنه عند طلوع نجم اي كوكب نصيبا ثم صار متعارفا في تقدير
الدفع بما قدره هذا عندنا وقال الشافعي لا يجوز كتابة الحالة لانه عاجز عن تسليم
المعقود عليه لانه مملوك لا يقدر على شيء وفي زماننا لا يمكنه التحصيل فلا يجوز
الا منجما واقله نجمان ليتمكن من التحصيل اذ القدرة على التحصيل شرط لصحة العقد
الا ترى ان العجز الطارئ يبطلها على اصلكم فكذا العجز المقارن على اصلنا بخلاف السلم
الحال فانه يجوز على اصله لان العاقد في السلم اهل للملك قبل العقد فالظاهر انه
قادر على انفاذ ما التزم واقدامه على العقد يدل على ذلك ولنا اطلاق قوله تعالى
والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الاية فانه
يتناول الحال والمؤجل والصغير والكبير فلا يجوز تقييده بالمؤجل ولا بالكبير لانه

نجم

نجم ككتابة فلا يجوز ولان البدل في الكتابة معقود به كالثمن في البيع حتى صح
الاستبدال به قبل القبض والقدرة على تسليم الثمن ليست بشرط لصحة العقد فان
من ليس عنده شيء يصلح للثمنية جاز ان يشتري ما يشاء مما شاء بخلاف السلم فان
المسلم فيه معقود عليه لا يجوز العقد على المعدوم فجعلنا الاجل عوضا عما فات
من القدرة ليمكنه التحصيل في المدة ولان الكتابة عقد ارفاق فالظاهر انه
يسامحه ولا يطالبه في الحال بخلاف السلم لانه مبني على المماكسة والمضايقة
فالظاهر انه لا يسامحه المطالبة اذا توجه له المطالبة بحوزه في الحال هذا وهل
يصح الكتابة الى اجل مجهول كالحصاد ونحوه ففي شرح النقاية للقهستاني انها
يجوز فقبل العبد صح لوجود المقتضي وهو الايجاب والقبول وارتفاع المانع
وانما اشترط قبول العبد لانه يلزمه المال لانها عقد معاوضة فلا بد من التزامه
اذ لا لزوم بدون التزام وكذا اي صح لو قال المولى جعلت عليك الفا تؤديه الي نجوما
اي في اوقات متفرقة فانها جمع نجم سمي بالوقت اولها بالنصب اي في اول النجوم
كذا دها من البدل واخرها اي من اخر النجوم كذا دها من البدل فاذا اديته
فانت حر وان عجزت فقن اي فانت قن فقبل العبد صح الكتابة في الاستحسان
ولزمه المال المقدر لوجود المقتضي وارتفاع المانع يعني انها تنعقد بقوله جعلت
عليك الفا تؤديه نجوما اولها كذا واخرها كذا فاذا اديته فانت حر كذا تحمل الكتابة
والضريبة على عبده ما شاء من المال فيما شاء من المدة وقوله بعد ذلك يكون
تفسيرا له مخصصا له بالكتابة دون الضريبة لانه ظاهر في الكتابة فيصلح
تفسيرا للمحتمل وقوله بعد ذلك وان عجزت فقن فضلة من الكلام غير محتاج اليه
وانما اتى به حثا له على اداء بدل الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر فانت حر
فهو تعليق في رواية ابي حفص قال فخر الاسلام وهو الاصح اعتبارا بما لو قال
اذا اديت الي الفا في هذا الشهر بلا تنجيم فانت حر فانه تعليق لا كتابة والتنجيم
ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل في سائر الديون ايضا
وقد يخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ مخصص بالكتابة حتى يكون تفسيرا لها فلا يكون
كتابة بل يكون تعليقا وقيل وهو رواية ابي سليمان مكاتبة لان التنجيم يدل على الوجوب لانه

يستعمل للتيسير وذلك في المال ولا يجب الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على
عبده دينا الا في الكتابة واذا صحت الكتابة لخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضي
خرج المكاتب والمكاتبة عن يد المولى لتحقق الحرية يدا في الحال كما دل عليه تحديدها
بما تقدم ولهذا لم يكن للمولى بعد تحقق العقد منعه عن السفر ولو بعيدا ولا عن البيع
والشراء لانه مالك يده وكسبه دون ملكه اي ملك المولى لما مر في التعريف من انه
حر رقبة في المال الا في الحال فلم يخرج رقبته عن ملكه في الحال ولان الكتابة
عقد معاوضة تقتضي المساوات بين المتعاقدين واصل البدل يجب للمولى في ذمته
بنفس العقد لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لان ثبوته في ذمته مع المنافي
اذ المولى لا يستوجب دينا على عبده ولهذا لا تصح الكفالة به فتثبت للعبد بمقابلته
مالكية ضعيفة ايضا فاذا تم للمولى الملك بالقبض تمت المالكية للعبد ايضا وتمام
المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق لضرورة المالكية فيتحقق المساوات بذلك
ابتداء وانتهاء فان اتلف تفريع على قوله خرج عن يد المولى اي ان اتلف المولى ماله
اي مال المكاتب ضمنه المولى لانه بالكتابة خرج عن يد المولى وصار كالاجنبي
فصار ولحق باكسابه ليتوصل الى المقصود بالكتابة وهو حصول الحرية وكذا اي ضمن
المولى العقر ان وطئ المكاتبة لانها احق بقيمة بضعها بالكتابة والمراد بالعقر
هو قيمة بضعها او جنى عليها اي على المكاتبة او على ولدها يعني او جنى على المكاتبة
او على ولدها بالجرح او على مالها بالاتلاف يضمن ارش جرحها وقيمة مالها او مثلها
لانها احق بنفسها ومالها بالكتابة وكذا يضمن ارش جرح المكاتب ان جنى عليه
بالجرح وان كاتبه على قيمته فسدت الكتابة وصورته كاتبتك على قيمتك او ان اديت
الي قيمتك فانت حر فان اداها اي القيمة هكذا وقع في النسخ بالفاء ولو قال
وان اداها بالواو مكان الفاء لكان اولى عتق لارتفاع الجهالة بالاداء وانما فسدت
لان القيمة مجهولة القدر لاختلافها باختلاف المقومين وكذا جنسها مجهول لان
القيمة تعتبر بجنس الثمن وهو النقدان فلم يتعين واحد منهما ففسد لتفاحش الجهالة
كما اذا كاتب على دابة او ثوب لان الدابة والثوب اجناس مختلفة وما هو مجهول
الجنس لا يثبت في الذمة اصلا بخلاف النكاح ولان موجب الكتابة الفاسدة

القيمة فالتنصيص عليها تنصيص على موجب العقد الفاسد فيكون فاسدا كذا في الزيلعي
قلت هذا الوجه الثاني من قبيل الاستدلال بوجود اللازم الاعم على وجود
الملزوم وقد ثبت ان وجود اللازم لا يدل على وجود الملزوم بل الامر بالعكس
وقد يقال بطريق المعارضة انه لو كاتب عبده على عبد يجوز ويجب قيمة عبد
وسط او قيمته حتى لو اتى بقيمته يجبر المولى على قبولها ولو كانت الكتابة على القيمة
فاسدة لما صح ذلك واجيب بان القيمة في مسئلة الكتابة لو وجبت وجبت
قصدا وهي مجهول فلا يمكن ايجابها قصدا وفيما اذا كاتبه على عبد يجب حكما
لا قصدا وكم من شيء يثبت حكما وضمنا ولا يثبت قصدا اذ لا معتبر بالضمنيات
في الشرع الا ترى ان بيع الجنين لا يجوز قصدا ويجوز تبعا للامه وكذا تفسد
لو كاتبه على عين لغيره من المكيل او الموزون او العروض لا النقدين من
دراهم او دنانير فان الكتابة على دراهم الغير او دنانيره صحيح لعدم تعينها
بالتعيين ولذا قيده بقوله تعين بالتعيين قال في قاضيخان اذا كاتبه
على عين لغيره فيه روايتان والاظهر هو الفساد وروى الحسن عن الامام ان
هذه الكتابة جائزة حتى لو ملك العبد ذلك العين وسلمها الى المولى عتق وان
عجز رد الى الرق لان المسمى مال متقوم والقدرة على التسليم موهومة فصار
كما لو تزوج امراة على عبد غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك
رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل ولو فسدت لرجعت به ووجه
ظاهر الرواية ان العين في المعاوضات معقود عليها والقدرة على التسليم
المعقود عليه شرط لصحة العقد الذي يحتمل وتسليم تلك العين ليس في قدرة
العبد فلا تصح تسميته بخلاف ما اذا كان البدل غير عين كالدراهم والدنانير
لانه معقود به في العقد فلا تشترط القدرة عليه كالثمن في البيع لان
القدرة عليه ليس بشرط لصحة البيع وانما شرط لصحة القدرة على المبيع و
بخلاف النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو تسليم منافع البضع
ليس بشرط حتى لو تزوج صغيرة رضيعة جاز فعلى ما هو تابع فيه وهو المهر
اولى ان لا يشترط فيه القدرة ولذا جاز مع نفي المهر ايضا ولان الكتابة شرعت

على وجه يختص المكاتب بمكاسبه فيثبت له حرية اليد حالا وحرية الرقبة مالا على ما
نطق به تعريفها المذكور فلو جاز هذه الكتابة لثبت الحريتان معا لا على وجه التعاقب
فيكون اعتاقا ببدل لا كتابة وهو خلاف الفرض هذا فيما اذا لم يجز صاحب العين
للعبد ولو اجاز صاحب العين له روي عن محمد انها تجوز كما لو اشترى شيئا
بمال الغير فاجاز صاحبه يجوز بالاجازة مع ان البيع والشراء على المماكسة فالكتابة
اولى لانها مبنية على المسامحة والمساهلة وروي عن ابي ح انها لا تجوز ايضا اعتبارا
له بحال عدم الاجازة وروي عن ابي يوسف انها تجوز اجاز صاحبه ذلك او لم يجز
غير انه اذا اجاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما في النكاح
وان لم يجز صاحبه لكن المكاتب ملك العين بسبب واداه فعن ابي ح انه لا يعتق لانه
لم ينعقد الا اذا قال له اذا اديت الي كذا فانت حر فيعتق بحكم الشرط وهذا
في ظاهر الرواية عنه وهو رواية عن ابي يوسف ايضا وفي رواية اخرى
عن ابي يوسف انه يعتق قال ذلك الشرط او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد
لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط وان كاتبه على عين في يد المكاتب وهو
من كسبه بان كان ماذونا له في التجارة ففي رواية يجوز لانه كاتبه على بدل
معلوم يقدر على تسليمه وفي رواية لا يجوز لان المولى كاتبه على ماله لنفسه اذ
الكلام في عين اكتسبه من قبل في يد المولى ولو كاتبه على دراهم ودنانير على
يد المكاتب وهو من كسبه ايضا يجوز بالاتفاق لانها تتعين في عقد المعاوضة
او كاتبه على مائة من الدراهم او الدنانير ويرد المولى اي بشرط ان يرد المولى عليه
اي على العبد المكاتب عبدا غير معين حتى لو شرط ان يرد عليه عبدا معينا او امة
معينة صح العقد اتفاقا كذا في الدرر هذا عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف
يجوز ولو كان العبد غير معين وتقسم المائة على قول ابي يوسف على قيمة المكاتب
وقيمة عبد وسط فيسقط العبد والباقي بدل الكتابة لان كل ما جاز ايراد
العقد عليه جاز استثناؤه من العقد ايضا والعبد يجوز عقد الكتابة عليه
فكذا يجوز استثناؤه من عقد الكتابة ايضا فيكون العبد مكاتبا بما بقي من قيمة
العبد المستثنى اعني الوسط لان المطلق ينصرف الى الوسط فان قيل المستثنى مجهول

وجهالة

وجهالة المستثنى تفضي جهالة المستثنى منه وجهالة البدل تفسد الكتابة قلنا جهالة
المستثنى جهالة في وصف وهي لا تمنع صحة التسمية فكذا جهالة الباقي لا تمنع صحة
التسمية ولهما ان بدل الكتابة مجهول القدر فلا يصح كما اذا كاتبه على قيمة العبد ابتداء
وهذا لان العبد لا يمكن استثناؤه من الدراهم والدنانير الا باعتبار القيمة وتسمية
القيمة تفسد العقد فكذا استثناؤها لان الاستثناء معتبر بالتسمية على معنى
ان كل ما يصح تسميته يصح استثناؤه وما لا فلا فكانت هذه الجهالة مفسدة
وان كاتب المسلم عبدا مسلما كان العبد او كافرا على خمر او خنزير فسد لان الخمر والخنزير
لا مالية لهما في حق المسلم فلا يصلحان بدلا وكذا اذا كاتب الذمي عبده المسلم
على خمر او خنزير فسد العقد لما ذكرناه بخلاف ما لو كاتب الذمي عبده الكافر
على خمر او خنزير فانه يصح لان الخمر والخنزير مال في حقهما فينعقد العقد صحيحا
لصحة البدل فان اداه اي ادى الخمر او الخنزير عتق اي سواء قال المولى حين كاتبه ان
اديت الي فانت حر او لم يقل ذلك في ظاهر الرواية عن ابي ح وصاحبيه وعن
ابي ح ومحمد انه يعتق باداء عين الخمر والخنزير اذا قال له ان اديتهما فانت حر باعتبار
انه تعلق بالشرط وقد وجد الشرط فصار نظير ما لو كاتبه على ميتة او دم فانه
لا يعتق الا في صورة التعليق وعن ابي يوسف انه يعتق باداء عين الخمر والخنزير وباداء
قيمة نفسه ايضا اما الاول فلانه بدل صورة واما الثاني فلانه بدل معنى وقال
زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة
كما في البيع الفاسد كذا في اكثر نسخ الهداية في نقل قول زفر وقال في
بعض نسخها وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة الخمر قالوا وهو غلط من الكاتب ووجه
بان هذا يجوز ان يكون رواية اخرى لان الخمر من المثليات فيصلح قيمته بدلا ثم وجه
ظاهر الرواية ان الخمر والخنزير مال في الجملة وان لم يكن لهما تقوم عند المسلم
فامكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجب العتق عند اداء البدل المشروط بخلاف
الدم والميتة اذ ليس لهما مالية اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيهما فاعتبر
فيهما معنى الشرط بان قال اذا اديت الي فانت حر حتى لو لم ينص على هذا الشرط
لم ينعقد العقد اصلا بخلاف الخمر والخنزير حيث ينعقد العقد عليها فاسدا وان

وان لم ينص على الشرط كما ذكرناه ولزمه اى لزم المكاتب قيمة نفسه يعنى اذا عتق باداء
عين الخمر والخنزير لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب رد رقبته لفساد العقد
وقد تعذر رده لوقوع العتق بالاداء فيجب رد قيمته رقبته كما في البيع الفاسد
فانه اذا تعذر رد عين المبيع بسبب الهلاك يجب رد قيمته في القيمى ورقبة العبد
قيمى فيجب رد قيمته واشار باضافة القيمة الى نفسه الى رد ما في بعض نسخ
الهداية حيث قال قال زفر لا يعتق الا باداء قيمة الخمر كما ذكرناه والكتابة على ميتة
او دم باطلة لانهما ليستا بمال عند احد اصلا فلا ينعقد لعدم البدل فلا يعتق
باداء المسمى لبطلان التسمية الا اذا قال ان اديت الى فانت حر فانه ينعقد لصريح
الشرط ويعتق بحكم اليمين لا لاجل الكتابة ولا يلزمه شئ لان العتق حصل بقضية
التعليق لا بقضية عقد المعاوضة وتجب القيمة اى قيمة العبد الذى كاتبه مولاه
في الكتابة الفاسدة اى بالغة ما بلغت على ما في العناية ولا تنقص القيمة عن
المسمى وتزاد عليه اى على المسمى وهذا لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك
المبدل بالغة ما بلغت لان المولى ما رضى بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة
لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى
ملكه على ما كان فلا يفوت له شئ والعبد رضى بالزيادة سواء كانت في القيمة
او في المسمى كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن
العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية كذا في العناية وبهذا التقرير يندفع ما قيل
ان اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان
حق العبد في العتق اصلا بعد استيفاء حقه لو لم يرض بالزيادة وجه الاندفاع
ان اعتبار الزيادة والنقصان بناء على التقرير المذكور انما هو عند ابتداء العقد
لا في بقائه وصحت اى الكتابة على حيوان ذكر جنسه كالعبد والفرس والحمار لا
وصفه كالجودة والرداءة ولا نوعه ككونه تركيا او هنديا وكذا صحت على ثوب
بين جنسه من القماش والقطن والكتان لا وصفه من الجودة والرداءة ولا نوعه
من التركى والهندى ولزم الوسط من ذلك الجنس او قيمته اى قيمة الوسط
وقدر ابو الوسط في العبد بما قيمته اربعون درهما وقالا على قدر غلاء السعر

ورخصه

ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد الكتابة عقد ارفاق
فالظاهر ان يكون البدل على اقل من قيمة المكاتب ثم انما لزم الوسط لان الاصل في
الحيوان ان المجهول اذا ثبت في الذمة ان ينصرف الى الوسط كما في الزكوة والدية
وفي الوسط نظر للجانبين وانما جوز القيمة حتى يجبر المولى على قبولها لانه
قضاء في المعنى معنى الاداء لانها اصل من وجه اعنى من حيث ان البدل اى
الوسط يعرف بها فصار كانه اتى بعين المسمى هذا عندنا وقال الشافعى لا يجوز هذه
الكتابة لانها عقد معاوضة كالبيع فيكون تسمية البدل شرطا فيها كما في البيع
والبيع مع البدل المجهول او الاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة قلنا ان هذا قياس
فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث ابتدائها او من حيث الانتهاء
والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال
لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء وكذلك الثانى لانها وان كانت في
الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه سقط الملك فيه فاشبه
النكاح في الانتهاء وفي ان مبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف
في الحاقها بالنكاح فلا تفسدها الجهالة اليسيرة في البدل كما في النكاح
وصار الجهالة في البدل كالجهالة في الاجل فانه اذا كاتبه على الف الى الحصاد
او الدياس صح لان ما كان مبناه على المسامحة لا يضر فيه الجهالة اليسيرة بخلاف
البيع فانه مبنى على المضايقة والمماكسة فيضره الجهالة في البدل والاجل
وبخلاف ما اذا كاتبه على دابة او حيوان حيث لا يجوز لان الجهالة فيها فاحشة
لا يسيرة حيث لم يبين فيها الجنس وكذا لو كاتبه على قيمته فان الجهالة فيه ايضا
فاحشة على ما تقدم وصح كتابة كافر عبده الكافر بخلاف عبده المسلم فانه
لا تصح كتابة عبده المسلم على خمر او خنزير على ما تقدم بخمر معقد وانما جازت
لان الخمر مال عندهم كالخل عندنا فصحت الكتابة بها وانما اعتبر التقدير ليعلم قدر
البدل واى من المولى والعبد اسلم فللسيد قيمتها اى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن
تملك الخمر وتمليكها والقيمة تصلح بدلا في العقد الا ترى انه لو كاتب عبده على
عبد غير معين فجاء بقيمة عبد وسط اجبر المولى على القبول وعتق المكاتب باداء عينها

ای عین الخمر لما تقدم من قبل ان الخمر مال فی الجملة فامکن اعتبار معنی العقد فیه وهو
وموجبه العتق عند اداء البدل المشروط واذا عتق باداء عین الخمر لزمه ان یسعی
فی قیمته وقال فی العنایة نقلا عن الکمرتاشی انه لو ادی الخمر لا یعتق هکان فی
العتق باداء الخمر روایتان وتفصیله فی الزیلعی

باب تصرف المکاتب

له ای للمکاتب ان یبیع ویشتری ولو بغبن فاحش والمحاباة عند الج واما عندهما
فلا یصح بها ولو قال صح له التجارة لکان شاملا لمثل المضاربة والشرکة والاجارة
والاستیجار والاستقراض والابضاع والاستبضاع والرهن والارتهان فان
هذه التصرفات کلها من صنع التجار فساغ للمکاتب کلها ویسافر لانه لما خرج عن
ید المولی بالکتابة علی ما تقدم کان له هذه التصرفات لتحصیل البدل ولیس
للمولی منعه لخروجه عن یده وان وصلیة شرط عدمه ای عدم السفر بان قال
کاتبتک علی ان لا تخرج من البلد وکذا الحال فی باقی التصرفات المذکورة
وهذا لان هذا الشرط مخالف لمقتضی عقد الکتابة لان مقتضاه مالکیة الید
علی جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص بنفسه ومنافعه لتحصیل ما هو المقصود
بالعقد وذلک قد یکون بهذه التصرفات والسفر الی البلاد النائیة والتقیید
بمکان معین ینافیه والشرط المخالف لمقتضی العقد باطل فهذا الشرط باطل فان قیل
فهذا بطلان العقد کما فی البیع فانه یبطل ببطلان الشرط اجیب اولا بان الشرط
الباطل انما یبطل الکتابة اذا تمکن فی صلب العقد وهو بدخل فی احد البدلین
کما اذا قال کاتبتک علی ان تخدمنی مدة او زمانا او علی ان اطؤک وهذا لیس کذلک
لانه لا شرط لا فی بدل الکتابة ولا فیما یقابله فلا تفسد به الکتابة وتحقیق هذا
الجواب ان الکتابة تشبه البیع من حیث انها عقد معاوضة ولحتمالها الفسخ قبل
الاداء وتشبه النکاح من حیث انها معاوضة مال بغیر مال فعملنا فیها بالشبهین
فقلنا ببطلان الشرط وصحة العقد اذا لم یتمکن فی صلب العقد عملا بشبه النکاح
وببطلان العقد اذا تمکن فی صلبه عملا بشبه البیع وثانیا بان الکتابة فی جانب
العبد اعتاق والاعتاق لا یبطل بالشروط الفاسدة ویزوج امته لان تزویج
امته من باب الاکتساب لانه یملک مهرها ویسقط نفقتها عن نفسه وقد اطلق له

باب الاکتساب ضرورة قضیة عقد الکتابة فیملک هذا ایضا ضرورة لکن هذا اذا زوج
امته اجنبیا واما اذا زوج امته عبده لا یجوز لانه لیس فیه اکتساب المال کذا ذکره
فی المحیط والولوالجی وعن ابی یوسف انه یجوز ایضا ویکاتب عبده خلافا لزفر
والشافعی لانه یؤول الی العتق ولیس للمکاتب ان یعتق عبده ولو علی مال ولنا ان
الکتابة عقد اکتساب للمال فیملکها کما یملک البیع وربما یکون الکتابة انفع من البیع اذ
البیع یزیل الملک بنفسه والکتابة لا یزیله الا بعد وصول البدل الیه ولهذا یملکه
الاب ووصیه فاذا جاز البیع فاولی ان یجوز الکتابة بخلاف العتق علی مال فانه لیس
باکتساب للمال بل هو من التصرفات الضارة فان بمجرد الاعتاق علی مال یزول
الملک فی الحال بعوض فی ذمة المفلس اذ هو حین اعتق مفلس لا مال له ولا یزول
فی الکتابة الا بعد سلامة البدل له والظاهر ان البدل اکثر من قیمته فظهر الفرق
بین الکتابة والعتق علی مال ولان الاعتاق علی مال فوق الکتابة والعقد لا یتضمن
ما فوقه ویتضمن مثله فجاز له الکتابة دون الاعتاق علی مال ولا تعلیق العتق
علی مال لان فی تعلیقه علی مال اثباتا للحریة مقصودا فیکون فوق الکتابة
فان ادی ای اذا صح کتابة عبده فان ادی المکاتب الثانی ای عبده بدل الکتابة للمکاتب
الاول بعد عتق المکاتب الاول فولاؤه ای ولاء المکاتب الثانی له ای للاول لان
الولاء لمن اعتق وقد عتق الثانی بعد تمام ملک الاول فی رقبته فهو من اهل الولاء
لحریته کاملا فثبت له الولاء وان ادی قبله ای قبل عتق الاول فللسید ای فالولاء
للسید لانه تعذر اثبات الولاء من المکاتب الاول لانه رقیق رقبة بعد فلا اهلیة
له للولاء فیخلفه فیه اقرب الناس الیه وهو سیده کما اذا اشتری الماذون شیئا
فانه لا یملکه لعدم الاهلیة ویخلفه فیه مولاه لانه اقرب الناس الیه فلو ادی
الاول بعد ذلک وعتق لم یرجع ولاء الثانی الی الاول لانه بمنزلة النسب وقد تقرر
علی شخص فلا ینتقل بعده الی غیره ولان السید جعل معتقا مباشرا حکما لعدم
اهلیة المکاتب الاول والولاء لا ینتقل من المعتق المباشر حکما بخلاف جر الولاء فی
ولد الجاریة فان مولی الجاریة هناک لیس بمعتق مباشرة بل سببا باعتبار اعتاق
الاصل وهی الام والاصل ان الحکم لا یضاف الی السبب الا عند تعذر الاضافة

والنفقة عند عدم عتق الاب فاذا اعتق زالت الضرورة فيتحول الولاء الى قوم الاب
وسياتي تفصيله وليس له اي للمكاتب ان يتزوج امراة بلا اذن سيده لانه
ليس من باب الاكتساب وفيه ضرر للمولى بلزوم المهر في رقبته وان اذن له المولى
جاز لزوال المانع وهل للمكاتبة ان تتزوج رجلا بلا اذن مولاها قال الاسبيجابي
في شرح الكافي ولا تتزوج المكاتبة بغير اذن مولاها لانها مملوكة للمولى وقال
زفر يجوز ذلك لانه من باب الاكتساب قلنا المهر انما وجب في مقابلة الملك
في الذات لا في المنافع وهو حق السيد فلا يملك التصرف فيه بغير اذن
السيد وان عتقت المكاتبة قبل ان يفسخ النكاح يجوز ذلك النكاح لزوال المانع
وهو حق المولى ولا خيار لها لانها باشرت العقد برضاها ونفذ بعد الاعتاق
كذا في شرح الوقاية لعلاء الدين لكنه قال في قاضيخان المكاتبة اذا تزوجت
باذن المولى ثم عتقت كان لها خيار العتق واحكام المكاتبة في النكاح والعدة
احكام الامة وهل للمكاتب التسري قال اصحابنا لا قال في الدرر ولا التسري
اشترى جارية ليستمتع بها وطئا ولم ياذن المولى كالماذون والمدبر لان مبنى التسري
على ملك الرقبة دون المتعة فالرقيق وان كان مكاتبا او ماذونا او مدبرا لا يملك
شيئا من احكام ملك المال لكون رقبته مملوكة ولا ينفع اذن المولى انتهى ولا يهب ولو
وصلية بعوض ولا يتصدق الا بيسير لان كلا من الهبة والتصدق تبرع
ليس باكتساب المال والهبة بعوض تبرع ابتداء فلا يملكه واليسير من الصدقة من
ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن
ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولوازمه ولا يجوز وصيته في ماله وان
ترك وفاء وكذا لا يجوز ايفاؤه في ولده الا ان يعتق قبل وفاته ثم يموت فان
مات عن غير وفاء بطلت وان مات عن وفاء كان وصيا عن اولاده الذين
دخلوا في كتابته لا في اولاده الاحرار كذا في الحاوي وقال في قاضيخان
المكاتب اذا اوصى بوصية فهو على وجوه ثلثة ان اوصى بوصية ثم مات عن وفاء
لا يصح وصيته لانه يعتق قبل الموت في ساعة لا يسع كلمة الايصاء والوجه
الثاني ان يقول المكاتب اذا عتقت فقد اوصيت بثلث مالي لفلان ثم ادى بدل الكتابة

وعتق ثم مات بعد ذلك كانت وصية صحيحة في قولهم والثالث اذا اوصى بوصية
ثم ادى فعتق ثم مات صحت وصيته في قول ابي يوسف ومحمد وقال ابو ح لا تصح
الا ان يجددها بعد العتق انتهى ولا يكفل ولا يقرض لان كلا من التكفل بالنفس
او المال ومن الاقراض تبرع وليس من ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه
المكاتب ولو اجاز المولى كفالته او اقراضه وهبته لا يجوز ايضا لانه لا ملك له في
ماله وانما له حق التملك وكل من الكفالة والاقراض والهبة مبني على حقيقة الملك
كذا في شرح الوقاية لعلاء الدين نقلا عن الاقطع ولا يعتق عبده ولو وصلية
بمال لانه ليس من الاكتساب بل من التصرفات المضرة للمولى على ما ذكرناه من قبل
ولا يزوج عبده امراة لانه ليس من باب الاكتساب وفيه تنقيص العبد وتعيبه
بشغل ذمته بالمهر والنفقة ولا يبيعه اي عبده من نفسه اي نفس العبد لانه
اعتاق على مال والمكاتب لا يملكه على ما تقدم والاب والوصي في رقيق الصغير
كالمكاتب يعني يملك الاب والوصي في رقيق الصغير ما يملك المكاتب في رقيقه
فيملكان كتابة عبد الصغير لا اعتاقه على مال ولا بيعه من نفسه ولا تزويجه
ويملكان تزوج امته ولا يملك العبد الماذون شيئا من ذلك اي من تزويج امته
وعبده وكتابته والتصدق والتكفل والاقراض والاعتاق على مال لان هذه
التصرفات ليس من الاكتساب والتجارة والماذون له يملك ما هو من باب
التجارة دون غيره هذا عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف له اي للماذون له
تزويج امته لان فيه نفعا له من الزام المهر على الزوج والنفقة عليه وعلى هذا
الخلاف المضارب والشريك لشركة عنان ومفاوضة قالا لا يملكان التزويج
والكتابة لانهما ليسا من التجارة والمضارب والشريك لا يملكان الا التجارة وقال
ابو يوسف لهما تزويج الامة لما ذكر وان اشترى المكاتب قريبه ولادا اي ابوه
وامه واولاده وان علوا وان سفلوا دخل في كتابته ويكون كسبا له لان المكاتب
وان لم يكن اهلا للعتق لكنه اهل لان يكاتب كما تقدم فيجعل كل منهم مكاتبا معه
داخلا في كتابته تحقيقا للصلة بقدر الامكان وانما قال دخل في كتابته ولم يقل
صار مكاتبا اشعارا بانه ليس اصالة بل تبعا لانه لو صار مكاتبا كان اصلا في

الكتابة وبقيت كتابة بعد عجز المكاتب الاصل وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب الاصلي
بيع الابن لما ان كتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصالة فاذا عجز الاصل بقي التبع
ثم اقواهم دخولا في الكتابة الولد المولود في كتابة بان اشترى المكاتب امة
فوطئها فولدت منه ولدا قبل اداء الكتابة فان هذا الولد داخل في كتابة معه
ويكون كسبه له ثم الولد المشترى ثم الابوان ولهذا يتفاوتون في الاحكام
فان الولد المولود في كتابة يكون حكمه حكم ابيه حتى اذا مات ابوه ولم يترك
وفاء يسعى على نجوم ابيه ولم يرد رقا والولد المشترى يؤدي بدل الكتابة حالا
ولا يتمكن من السعاية على نجوم الاب لظهور نقصان حاله عن الولد المولود في
كتابة في التبعية وان لم يؤد البدل حالا يرد الى الرق والوالدان يردان
الى الرق كما مات المكاتب ولم يقبل منهما البدل بعد موت المكاتب لا حالا ولا مؤجلا
وانما كان احوالهم كذلك لان الولد المولود في كتابة تبعيته ثابتة بالملك والبعضية
بينهما حكما في حق العقد لا حقيقة في حقه اذ لا بعضية بينهما حقيقة بعد
الانفصال والولدان تبعيتهما بالملك فقط لا البعضية فانهما ليسا بجزء له
فاختلف الاحكام لذلك كذا في الزيلعي فان قيل قد صرحوا وذكرناه ايضا ان
المكاتب لا يملك وطئ جاريته حتى صرح حسن بن زياد في المجرد ان المكاتب
لا يتسرى فكيف يتصور للمكاتب الولد المولود في كتابة قلنا لا يلزم من عدم جواز
التسري ان لا يثبت نسب الولد المولود في كتابة منه وان لا يدخل في كتابة
لان الوطئ بشبهة يكفي في ثبوت النسب وللمكاتب ملك اليد في امته المشتراة
فكان ذلك شبهة في وطئه فيثبت نسبه منه بعد الدعوة وبه صرح في
المجرد حيث قال المكاتب ليس له ان يتسرى جارية ولا ان يتزوج امراة وان تسرى
فولد منه ولد فادعاه ثبت نسبه منه ولهذا اذا ادعى المولى ولد جارية مكاتبه
صح النسب منه للشبهة وان لم يحل الوطئ له وكذا اذا ادعى احد الشريكين ولد
الجارية المشتركة ثبت نسبه منه فان قيل ما الفرق بين الولد المشترى في كتابة
وبين ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا اعتق المولى الولد المشترى
في كتابة لم يسقط من البدل شيء واذا اعتق الصغير يسقط من البدل ما يخصه

وكذا

وكذا اذا اعتق المولى الولد المولود في كتابة لم يسقط شيء من البدل فالجواب ان
الولد المشترى والولد المولود في كتابة تبع من كل وجه للمكاتب فلا معتبر بهما في
امر البدل لتقرره قبل دخوله في الكتابة واما الصغير فكان مقصودا بالعقد
من وجه وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده فلهذا يسقط ما يخصه من
البدل ولو اشترى ذا رحم محرم غير الولاد كالاخ والاخت والعم والعمة والخال
والخالة يدخل في الكتابة عندهما حتى جاز للمكاتب بيعهم لكن المكاتب اذا ادى
البدل عتقوا ولا سعاية عليهم على ما صرح به في الدرر وخلافا لهما حيث قالا يدخل
فيها اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان فان
الحر اذا اشترى ذا رحم محرم منه غير الولاد يعتق عليه كما يعتق ابوه واولاده
وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا لانه ملك لغيره والمملوك لا يملك ولهذا لا يملك
الهبة ونحوها من التبرعات ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح عليه ويجوز
دفع الزكوة اليه ولو وجد كنزا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد لا في غيره
الا ترى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرها
حتى لا يخاطب الاخ بنفقة اخيه الا اذا كان موسرا والدخول في الكتابة بطريق
الصلة فيختص بمحله ولان قرابة الاخوة توسط بين القرابة البعيدة وهي بني الاعمام
والقرابة القريبة وهي الولاد والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما فعملنا بالشبهين
والحقناها بالقريبة في العتق حتى اذا ملك الحر اخاه عتق عليه كما اذا
ملك والده او ولده وبالبعيدة في الكتابة حتى اذا ملك المكاتب اخاه لم يدخل
في كتابته كما اذا ملك ابن عمه وهذا اولى من العكس لانا لو الحقناها بالولاد في
الكتابة وجب علينا ان نلحقها به في العتق ايضا لانه اسرع نفوذا من الكتابة
وفي ذلك ابطال لاحدهما واعمالهما ولو من وجه اولى من اهمال احدهما وان اشترى
ام ولده مع ولدها دخل الولد في الكتابة ولا تباع الام يعني ان المكاتب له
امراة قنة اذا ولدت قبل ان يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها المكاتب مع
ولدها بان ملكها مولاها مع ولدها فليس له ان يبيعها بالاتفاق لان ولدها
دخل في الكتابة ولما دخل ولدها في الكتابة امتنع بيعها لما ذكرناه من قبل

والام تابعة للولد في هذا الحكم لقوله عم اعتقها ولدها فامتنع بيعها ايضا وهل
يدخل الام في الكتابة ايضا والذي ظهر من كلام المص انها لا تدخل وانما يمتنع بيعها
تبعا لولدها وبه صرح علاء الدين في شرح الوقاية حيث قال ولم تدخل الام
في كتابته حتى يعتق بعتقه نص عليه في المبسوط انتهى لكنه قال في المجمع
وشرحه انها تدخل في الكتابة حيث قالا لو اشترى المكاتب ام ولده وهو معها
اي اذا اشترى المكاتب زوجته التي ولدت بالنكاح والولد معها تكاتب عليه اي
بغير ام ولد مكاتبا عليه وحرم بيعها لانها تابعة للولد لقوله عم اعتقها ولدها
قيد بالمكاتب لان المكاتبة اذا اشترى زوجها لا يكاتب عليها ولها ان تبيعه
اتفاقا انتهى وقال الحافظ العيني في شرح الكنز انها تدخل في كتابته حتى لا يعتق
بعتقه ولم يفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز له ان يطأها بملك النكاح انتهى فعلم ان
ما في المجمع وشرحه ليس على ما ينبغي وان لم يكن معها اي ان لم يكن مع الام ولد
جاز بيعها اي بيع الام عند ابي ح خلافا لهما لانها ام ولده فصار كالحر اذا اشترى
ام ولده بدونه ولابي ح ان القياس يقتضي جواز بيعها وان كان الولد معها
لان كسب المكاتب موقوف على اداء جميع البدل فان ادى عتق وما فضل معه فهو
له وان عجز عاد هو وما له الى المولى وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل
الفسخ وما يقبل الفسخ لا يجوز ان يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد لانه
لا يقبله اقوى من الذي يقبله والاقوى لا يجوز ان يكون تبعا للادنى الا انه ثبت
امتناع البيع فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد
ثبت هذا الحق ابتداء والقياس ينفيه وولده من امته يدخل في كتابته يعني ان
الولد المولود للمكاتب في كتابته من امته له دخل ذلك الولد في كتابته لما ذكرناه
في الولد المشترى من ان المكاتب وان لم يكن اهلا للاعتاق فهو اهل للكتابة فان قيل
ان المكاتب لا يملك التسري فكيف يتصور له ولد من امته فالجواب عنه نقلنا من
قبل فارجع اليه وكسبه له اي كسب الولد للمكاتب لان كسب الولد كسبه كسبه
اذ الولد كسبه وكان كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة لاختصاصه بكسبه
بكسب ولده وكذا لو ولدت المكاتبة ولدا دخل الولد في كتابتها لان الولد المولود

تسري اليه الصفات الشرعية الثابتة في الام كالتدبير والاستيلاد والحرية والملك
فاذا سرى اليه صار حكمه حكم امه فكانت هي احق به وبكسبه لانه جزؤها وقد انقطع
حق المولى عنه ولو زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت الامة ولدا من العبد
يدخل الولد في كتابة الام وكسبه لها لان الولد يتبع الام في الصفات
الشرعية الثابتة في الام كالتدبير والاستيلاد والحرية والملك فكان مكاتبا
لها فكان احق بكسبه من الاب لانه لا ملك له عليها حتى يسري الولد وقد انقطع
يد المولى عنها بعقد الكتابة فكذا عن ولدها ايضا فكانت هي احق بالولد من الاب
لانه جزؤها وهي نظير المسئلة الاولى ولو قتل هذا الولد يكون قيمته للام دون
الاب لما ذكرنا انها احق به من الاب بخلاف ما اذا قبلا الكتابة عن انفسهما وعن
ولدهما صغير فقتل الولد حيث يكون قيمته بينهما ولا يكون الام احق به لان دخوله
في الكتابة هنا بالقبول عنه والقبول وجد منهما فيتبعهما فلا يكون احدهما اولى
به من الاخر وفيما نحن فيه لم يدخل بالقبول وانما دخل بمجرد التبعية وفيها الام اولى
من الاب على ما بيناه ولو نكح مكاتب بالاذن اي باذن المولى امراة زعمت تلك المراة
انها حرة يعني انها ليست حرة في الواقع بل في زعمها حيث قالت انا حرة فولدت
تلك المراة المنكوحة من المكاتب فاستحقت المراة فولدها عبد عند ابي حنيفة
وابي يوسف لا يأخذ المكاتب بقيمة يؤديها الى المستحق عندهما وعند محمد حر اي
بقيمته ولو اخذ منه اي من المكاتب قيمته اي قيمة الولد بعد عتقه اي عتق
المكاتب له انه ولد المغرور لان المكاتب مغرور من جهتها الا انه ما رغب في نكاحها
الا ليناله الحرية اولاده فاذا كان مغرورا كان ولده حرا بالقيمة فيجب عليه
قيمة ولده بعد العتق على ما قال في شروح الجامع الصغير واختاره صاحب
الهداية لكنه قال في العناية نقلا عن المبسوط انه يجب على المكاتب قيمة ولده
ومهر المراة في الحال لوجود الاذن من المولى والمص اختار رواية شروح الجامع
الصغير كما ترى وهكذا ذكره في الزيلعي ثم قال وان تزوج بغير اذن المولى
يجب على المكاتب قيمة الولد بعد العتق ثم اذا غرم المكاتب قيمة ولده يرجع بها على
المراة بعد عتقها عند محمد لان الغرور حصل من جهتها ولهما انه مولود بين

رقيقين والمولود بين رقيقين فالولد رقيق وهذا لان الاصل في الولدان
يتبع الام في الرق والحرية لكنا تركنا هذا الاصل فيما اذا كان الزوج حرا باجماع الصحابة
والمكاتب ليس في معنى الحر لان حق المولى اى المستحق في الحر مجبور بقيمة واجب
في الحال وفي المكاتب بقيمة متاخرة الى ما بعد العتق فتعذر الالحاق لعدم المساواة
هكذا ذكره في الهداية وغيرها واستشكله الزيلعي بان دين العبد اذا لزمه بسبب
اذن المولى فيه يظهر في حق المولى ويطالب به في الحال والمفروض هنا ان
الدين صار باذن المولى وانما يستقيم هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى
لانه لا يظهر الدين حينئذ في حق المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد في الحال والمسئلة
التي تلي هذه المسئلة تشهد لهذا المعنى انتهى قلت ويشهد له ايضا ما ذكرناه من
المبسوط وان وطىء المكاتب امة يملك يعني اذا اشترى المكاتب امة شراء صحيحا
فوطئها بحكم الشراء وان لم يجز وطئها له بغير اذن سيده اى سيد المكاتب
فاستحقت الامة اخذ المولى اى المستحق منه اى من المكاتب عقرها اى عقر
الامة في الحال اى حال الكتابة بلا تاخير الى ما بعد العتق قيد بغير اذن السيد
ليعلم منه ما اذا كان الوطىء باذن سيده بطريق الاولى فان لزوم العقر
عليه في الحال فيما اذا كان الوطىء باذن سيده اولى كما اذا كان وطئه بغير اذن
سيده وهو ظاهر وكذا اى يلزمه عقرها في الحال ان شراها شراء فاسدا
فوطئها بحكم الشراء الفاسد فردت الامة على بايعها فانه يؤخذ من المكاتب
عقرها في الحال وان وطئها بنكاح لا يؤخذ منه اى من المكاتب عقرها الا بعد
عتقه اى عتق المكاتب سواء وطئها باذن سيده او بغير اذن سيده والفرق
بينهما ان في الاول اى الوطىء بحكم الشراء صحيحا او فاسدا باذن مولاه او بغير
اذنه ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة
وهذا العقد من توابع التجارة اذ لولا الشراء ولو فاسدا لم يسقط الحد عن
المكاتب وما لم يسقط لا يجب العقر فاذا كان من توابع التجارة ينتظمها عقد
الكتابة وفي الثاني اى الوطىء بحكم النكاح لم يظهر الدين في حق المولى لان
النكاح ليس من الاكتساب فلا ينتظمها الكتابة فاذا لم يظهر الدين في حق المولى

يتاخر

بتاخر العقر الى ما بعد العتق بخلاف الاول فانه لما ظهر الدين فيه في حق المولى
لم يتاخر الى ما بعد العتق فان قيل ان العقر انما يثبت بالوطىء لا بالشراء والاذن
ليس اذنا بالوطىء والوطىء ليس في شيء من التجارة حتى ينتظمها الكتابة فالوطىء
اذا كان بغير اذن المولى فكيف يظهر الدين في حق المولى وانما يظهر في حقه
ان لو اذن في الوطىء او كان الوطىء داخلا تحت الكتابة وكلاهما مفقودان هنا
فالجواب ان الوطىء مستند الى الشراء اذ لولاه لكان الوطىء حراما بلا شبهة
فيجب به الحد ولا يثبت به العقر فيكون الاذن بالشراء اذنا بالوطىء دلالة والوطىء
نفسه وان لم يكن من التجارة يمكن الشراء منها فيكون ثابتا في حق المولى ومثله
اى ومثل المكاتب الماذون له في التجارة يعني لو تزوج عبد ماذون له في
التجارة امراة زعمت انها حرة بالاذن فولدت فاستحقت فالولد رقيق عندهما
وحر بالقيمة عند محمد وتؤخذ من الماذون قيمته في الحال لانه مغرور كما نقدم
بيانه في المكاتب وكذا لو اشترى العبد الماذون له في التجارة امة شراء صحيحا
او فاسدا فوطئها باذن سيده او بغير اذنه ثم استحقت الامة او ردت بحكم
الفساد وجب عليه العقر في الحال ولو وطئها بحكم النكاح وجب عليه العقر
بعد العتق كما في المكاتب بعينه **فصل** واذا ولدت المكاتبة من مولاها
وذلك بان ادعاه المولى مضت على الكتابة او عجزت من التعجيز نفسها وهي ام ولده
يعني انها مخيرة بين المضي على الكتابة وبين قبول الرق بالعجز فان مضت فيها او عجزت
صارت ام ولد لمولاه سواء صدقته اذا ادعى او كذبته لان للمولى حقيقة الملك
في رقبتها ولها حق الملك والحقيقة اقوى من الحق فيثبت من غير تصديق وانما تخيرت
لانها لما صارت ام ولد له تلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل الكتابة واجلة بغير
بدل وهي امومية الولد فتختار ايهما شاءت ونسب ولدها ثابت بالدعوة من
المولى بلا حاجة الى تصديقها لما ذكرناه سواء جاءت به لستة اشهر او لاكثر
ولان المكاتب اذا ادعى نسب ولد مكاتبته يثبت نسبه منها فلان يثبت من المولى اولى
لان ملكه فيها اقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز اعتاق المولى مكاتبته
دون المكاتب بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية المكاتب حيث لا يثبت النسب من المولى

الا اذا صدقته المكاتبة لانه لا ملك له حقيقة في ملك المكاتبة وانما له حق التملك
فيحتاج فيه الى تصديق المكاتبة بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية ابيه حيث يثبت نسبه
بمجرد الدعوى ولا يحتاج فيه الى تصديق الابن لان له ان يتملك مال ولده للحاجة
فيتملكها قبل الاستيلاد بطريق الاقتضاء فلا يحتاج الى التصديق فيه والولد حر لان المولى
يملك الاعتاق في ولدها والدعوة منه كالتحرير واذا مضت المكاتبة على الكتابة
اخذت المكاتبة منه اي من مولاها عقره اي مهر مثلها لاختصاصها بنفسها ومنافعها
لانها صارت احق باجزائها توسلا الى المقصود من الكتابة وان مات المولى بعد مضيها
على الكتابة عتقت بالاستيلاد ويسقط عنها البدل اي بدل الكتابة لانها ما التزمت
البدل الا لتسلم لها نفسها بمقابلته بجهة الكتابة فاذا سلمت لها بجهة اخرى لم يرض
بتسليمه له او لورثته مجانا فلا يجب عليها وسيأتي زيادة تفصيله وان ماتت المكاتبة
وتركت مالا اوفيت منه اي من ذلك المال كتابتها وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب
الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولا يثبت نسب من تلده
بعده اي بعد الولد الاول بلا دعوة جديدة لان نسب ولد ام الولد انما يثبت بالسكوت
اذا لم يكن محرم الوطء وهذه محرم الوطء لانها مكاتبة فلا بد من الدعوة ايضا بل هو
اي الولد الثاني مثلها اي مثل المكاتبة لانه مكاتب تبعا لها في الحكم حتى اذا عجزت نفسها
بعد الولد الاول وولدت ثانيا ولد الحر في مدة يمكن العلوق بعد التعجيز ثبت نسبه
من المولى بمجرد الدعوة من غير تصديق الا اذا نفاه صريحا كسائر امهات الاولاد
ولو لم يدع الولد الثاني وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد في بدل الكتابة لانه
مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية وان كانت
المكاتبة مدبرة او ام ولده صح لان ملكه ثابت في كل واحد منها وام الولد وان كانت
غير متقومة عند ابي حنيفة الا ان عقد الكتابة يرد على المملوك لحاجة المملوك الى التوصل
الى ملك اليد والمكاسب في الحال والى الحرية الرقبة في المآل بعد اداء البدل وام
الولد في هذه الحاجة كغيرها لانها مملوكة يدا ورقبة فيتحقق فيها حكم الكتابة فيملك
ما يملك المكاتب في الحال والمآل فان قيل ان الكتابة تقتضي العتق ببدل وامومية
الولد يقتضيه بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين فالجواب انه لا تنافي

بينها

بينها لكونها جهتي عتق تلقاها على سبيل البدل فان مات المولى عتقت ام الولد بالاستيلاد
لتعلق عتقها بموت السيد مجانا لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فان عتقت
قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط البدل وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بدون
فائدة بالنسبة الى البدل لكنها بقيت في حق الاولاد والاكساب فيعتق الاولاد
وتخلص لها الاكساب بعد موت المولى يعني ان الكتابة وان انفسخت في حق نفسها
بالنسبة الى البدل لكنها بقيت بالنسبة الى الاولاد والاكساب لان الفسخ للنظر
لها في فسخها في حق نفسها وفي بقائها في حق اولادها وسلامة اكسابها
فيجعل كانها عتقت بالايفاء في حق الاولاد والاكساب ولو ادت ام الولد بدل
الكتابة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية بعد والمدبر يسعى يعني ان كانت
مدبرة او ام ولده ومات المولى قبل الاداء فام الولد عتقت مجانا والمدبر يسعى في
بدل كتابته تماما او يسعى بثلثي قيمته مدبرا ان كان المولى معسرا لا مال له سواه هذا
عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يسعى في الاقل من البدل وثلثي قيمته وعند محمد يسعى
في الاقل من ثلثي البدل او ثلثي القيمة والخلاف هنا في موضعين في الخيار
والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار اما الكلام في
الخيار فمبني على تجزي الاعتاق وعدم التجزي فعند ابي حنيفة لما كان متجزيا بقي ما وراء الثلث
عبدا وبقيت الكتابة على ما كانت قبل عتق الثلث فتوجه لعتقه جهتان جهة الكتابة
وهي مؤجلة وجهة السعاية وهي معجلة فيخير بينهما للتفاوت بين الامرين لان في
التخيير فائدة لجواز ان يكون اكثر المالين ايسر عليه باعتبار الاجل واقلهما اعسر
عليه اداء لكونه حالا فكان في التخيير بينهما فائدة وان كان جنس المالين متحدا
بان كانا دراهم او دنانير وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لعدم تجزي الاعتاق
عندهما بطلت الكتابة لعدم بقاء المحل فبطل الاجل ايضا لانه كان لاجل الكتابة
وقد بقي عليه اصل الدين غير مؤجل لان عتق بعضه وهو الثلث حصل بطريق
الوصية لكون التدبير وصية بعضه وعتق بعضه بطريق الوصية لا يسقط
عنه بدل الكتابة كما لو اعتقه المولى في مرض موته ولا مال له غيره فانه يعتق كله
عندهما ولا يسقط عنه بدل الكتابة واذا بقي عليه بدل الكتابة حالا وجب عليه ايضا

ثلثا القيمة بالتدبير حالا وجب عليه مالان فيلزمه اقلهما من غير تخيير اذ لا فائدة
في التخيير بين القليل والكثير في جنس واحد كما لو اعتق عبده على الف او الفين فانه
يلزمه الاقل بلا خيار بالاتفاق فكذا هذا والفرق لابي حنيفة ان البدلين في هذه المسئلة
اعني الالف والالفين حال وانهما من جنس واحد فيجب الاقل لتيقنه اذ لا فائدة في
التخيير لعدم الاجل وفيما نحن فيه احدهما مؤجل فيفيد التخيير على ما ذكرناه واما
الكلام في المقدار فعندهما لا يسقط عنه من بدل الكتابة شيء وعند محمد يسقط
عنه ثلثه لان الكتابة صادفت ثلثه كله فيكون البدل مقابلا بكله وقد عتق ثلثه
بالتدبير فيبطل ما بازائه من البدل الا ترى انه لو عتق كله بالتدبير كان يخرج من
الثلث سقط عنه كل البدل فكذا اذا عتق ثلثه وجب ان يسقط عنه ثلثه اعتبارا
للجزء بالكل وصار كما لو تقدمت الكتابة على التدبير فانه يسقط عنه الثلث بالاتفاق
على ما سياتي ولهما ان المال قوبل بما تصح مقابلته به وبما لا تصح مقابلته به معا
فانصرف كله الى ما تصح مقابلته وهو الثلثان لان الثلث لما استحق بالتدبير لم يصح
مقابلة المال كرجل طلق امراته طلقتين ثم طلقها ثلثا بالف فان الالف كله ينصرف
الى الطلقة الواحدة لان الطلقتين لما وقعتا اولا لم يصح مقابلة المال بها فينصرف
المال الى ما يصح المقابلة به وهو الطلقة الواحدة ففيما نحن فيه لما اوجب التدبير
استحقاق ثلث رقبته لم يتصور استحقاق ذلك الثلث بالكتابة لان الكتابة توجب ثبوت
ما لم يثبت وقد ثبت استحقاقية الثلث بالتدبير اولا فلم يبق محلا للكتابة حتى يكون في
مقابلة شيء من بدل الكتابة فاذا كان بدل الكتابة كله في مقابلة الثلثين لم يسقط
شيء منه بخلاف ما لو دبر مكاتبه لان البدل هناك مقابل بالرقبة فاذا عتق بعض الرقبة
بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة بقدره على ما سياتي اما هنا
فالكتابة وقعت بعد التدبير وما ليه الثلث قد سقطت فكان البدل باداء الثلثين انما
قيد بكونه معسرا لان المولى اذا مات موسرا بحيث يخرج المدبر من ثلثه فانه يعتق
بالتدبير ويسقط عنه بدل الكتابة وان دبر مكاتبه صح التدبير لانه يملك تنجيز العتق
فيملك تعليقه بالموت لانه مالك رقبته والتصرف نافع له لاحتمال ان يموت المولى
قبل اداء بدل الكتابة فيعتق مجانا او يعجز عن اداء بدل الكتابة فيبقى له جهة الحرية متحصلة

اعني

اعني التدبير ومضى عليها اي على الكتابة فيعتق باداء بدل الكتابة لو لم يمت المولى قبل اداء الكتابة
وان مات قبله عتق مجانا بحكم التدبير او عجز من التعجيز نفسه من بدل الكتابة وصار
مدبرا فيعتق عند موت المولى لوجود المقتضي وهو التدبير يعني ان هذا المدبر مخير بين
امرين فان مضى عليها اي على الكتابة فمات سيده معسرا اي فقيرا لا مال له غيره
يسعى في ثلثي البدل اي بدل الكتابة او ثلثي قيمته عند ابي حنيفة وعندهما يسعى في الاقل
من ثلثي كل منهما اي من البدل والقيمة والكلام هنا في موضعين احدهما في الخيار
فالخلاف فيه مبني على تجزي الاعتاق وعدم تجزيه على ما ذكرناه في المسئلة الاولى
وثانيهما في المقدار ولا خلاف فيه بل هو اتفاقي لان بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة
اذ لم يستحق شيئا من الحرية قبل ذلك فاذا عتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك
بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة بخلاف ما اذا تقدم التدبير لانه سلم
بالتدبير فيكون بدل الكتابة مقابلا بما لم يسلم له وهو الثلثان وان اعتق مكاتبه
عتق لقيام الملك فيه وسقط عنه اي عن المكاتب بدل الكتابة لانه التزمه ليحصل
العتق وقد حصل بدونه وكذا المولى كان يستحق ذلك البدل في مقابلة التحرير
وقد فات ذلك التحرير بالاعتاق مجانا فان قيل الكتابة لازمة في جانب المولى
فلا يقبل اجيب بان الكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه ينفسخ برضى
العبد واللزوم على المولى كان لتعلق حق العبد فاذا رضي بالفسخ فقد اسقط حقه
كما لو باعه المولى او اجره برضاه والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل
فانه اذا رضي به ببدل فبلا بدل يكون ارضى وان كوتب العبد على الف مؤجل الى
سنة منذ وقت فصالح المولى على نصفه اي نصف الالف المؤجل حال كون ذلك
النصف حالا صح الصلح استحسانا والقياس ان لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عن
الاجل بخمسمائة من بدل الكتابة والاجل ليس بمال وخمسمائة مال لانه دين والدين
مال والاعتياض عن غير المال بالمال ليس بجائز لانه ربوا فان قيل فليكن خمسمائة
بدلا عن الف لا عن الاجل فيكون اعتياضا عن المال بما هو مال لان الالف مال ايضا
قلنا هذا ليس بجائز ايضا لانه ربوا فان قيل فليكن هذا اسقاطا لبعض الحق
وهو خمسمائة الاخرى قلنا الاسقاط انما يتحقق والالف لم يكن قبل حلول الاجل متحققا

فلا يكون اسقاطا ولهذا لو كان لرجل دين مؤجل على حر او على مكاتب الغير فصالحه
على نصفه لم يجز لكونه ربوا ووجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من
وجه لانه لا يقدر على اداء البدل الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال
من وجه حتى لا يصح الكفالة به فاعتدلا وكان اعتياضا عما هو مال من وجه
بما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمه ربوا وان مات مريض كاتب
صفة مريض عبد له قيمته الف على الفين الى سنة ولا مال له اي للمريض المتوفى غيره
اي غير المكاتب ولم يجز الورثة كتابته ادى العبد المكاتب ثلثي البدل اي الالفين
وهو الف وثلثمائة وثلثون درهما وثلث درهم حالا والباقي اي الثلث وهو
ستمائة وستة وستون وثلثا درهم الى اجله او رد رقيقا عند ابى ح وابي
يوسف وعند محمد يؤدي ثلثي قيمته اي الالف للحال والباقي الى اجله او يرد
رقيقا لان المريض ليس له التاجيل في ثلثي القيمة اذ لا حق له فيه وفي
ثلثها والزائد عليها يصح له الترك بان يكاتبه على ثلثي قيمته فيصح له التاجيل
ايضا لان من له ترك شيء له ترك وصفه ايضا والتعجيل وصفه فيجوز له تركه
الى التاجيل فعلى هذا يكون المراد بالباقي ثلث القيمة وما زاد على القيمة لا الثلث
فقط واليه اشار في العناية حيث قال مصرحا معترضا على الهداية لو قال
لان له ان يترك الزيادة وثلث الالف فله ان يؤخرها لكان احسن انتهى
ولهما ان جميع المسمى وهو الالفان بدل الرقبة لا صله مثل بدل الخلع حتى
اجري عليه احكام البدل من جواز البيع بالمرابحة وجواز الاخذ بالشفعة
فيما اذا كان بدل الكتابة واراد بدل الرقبة تعلق به حق الورثة لتعلقه بالمبدل
فان المبدل لما كان مالا متقوما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق
الورثة لتعلقه بالمبدل وما يتعلق به حق الورثة جاز للمريض اسقاط ثلثه
فيجوز تاجيله لانه اسقاط معنى وان كاتبه اي المريض كاتب عبده على الف الى
سنة وقيمته الفان ولم يجيزوا ادى ثلثي القيمة للحال او رد الى الرق اتفاقا
لان المحاباة هنا حصلت في القدر والتاخير فاعتبر الثلث فيهما يعني انه لما اسقط
احد الالفين من القيمة واجل الاخر وهو المراد بالمحاباة فما صح له التصرف في

ثلث

ثلث قيمته في الاسقاط والتاخير ولما سقط ذلك الثلث لم يبق له التاخير ايضا لعدم
بقاء المحل للتاخير ولم يصح تصرفه في ثلثيها لا في حق الاسقاط ولا في حق
التاخير لعدم حق التصرف له فيها فتعلق حق الورثة بها وفرق محمد بين هذه المسئلة
والمسئلة الاولى بان الزيادة على القيمة في المسئلة الاولى كانت حق المريض
بالكلية حتى كان يملك اسقاطها بالكلية بان يبيعه بقيمته فتاخيرها اولى لانه اهون
من الاسقاط وهنا وقعت الكتابة عن اقل من قيمته فلا يملك اسقاط ما زاد على
ثلث قيمته ولا تاجيله لان حق الورثة تعلق بجميعه بخلاف الاولى ومثلها اي مثل
كتابة المريض المذكور في الاختلاف بين ابى ح وابي يوسف وبين محمد البيع اي
بيع المريض ولو ذكر هذا قبل المسئلة الثانية الاتفاقية لكان احسن على ما وقع
في الهداية يعني ان المريض اذا باع دارا قيمتها الف بثلثة الاف الى سنة ثم مات
ولا مال له غيرها ولم يجز الورثة فعند ابى ح وابي يوسف يقال للمشتري اما ان
تعجل ثلثي جميع الثمن ثلثة الاف والثلث عليك الى اجله والا فانقض البيع وعند
محمد يقال له اما ان تعجل ثلثي القيمة الفا والباقي عليك الى اجله والا فانقض
البيع لان محاباة المريض بالاجل فتعتبر في جميع الثمن وصية من الثلث عندهما
لان التاجيل فرع تبرع من المريض وتبرع المريض يعتبر من الثلث وجميع الثمن
هنا بدل رقبة الدار بدليل انه يثبت فيه احكام البدل من جريان بيع المرابحة
على جميع الثمن والاخذ بالشفعة بكل الثمن اذا كان البدل بدل الاصالة مثل بدل
الخلع فيتعلق به حق الورثة كما تعلق بالمبدل فيعتبر تبرعه من الثلث الذي لم يتعلق
به حق الورثة وعند محمد الاجل فيما زاد على القيمة يصح من راس المال ويعتبر من
الثلث في قدر القيمة هذا ولما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصيل في الكتابة
شرع في ذكر احكام تتعلق بالنائب فيها فقال وان كاتب حر اي قبل الكتابة عن
عبد لرجل بالف وادى الحر ذلك الالف عنه اي عن العبد عتق العبد ولا يرجع الحر
به اي بالالف الذي اداه عليه اي على العبد لانه متبرع فيه وان قبل العبد فهو
مكاتب قال في الجامع الصغير واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى
عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب واختلف شارحوه في تصويره فقال

بعضهم هو ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك فلانا على الف درهم على اني ان اديت اليك
الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا الشرط وقبله الحر عنه ثم ادى الحر الفا فانه يعتق
بادائه بحكم الشرط فانه لما علق عتقه بادائه عتق بادائه لوجود الشرط من غير
حاجة الى قبول العبد واجازته كما اذا علقه بغيره من الشروط فوجد الشرط فانه
يعتق بوجود الشرط واذا بلغ هذا العبد فقبله العبد حين بلغ صار مكاتبا لان
كتابته كانت موقوفة على اجازته وقبوله فصار اجازته في الانتهاء كقبوله في
الابتداء ولو قبلها في الابتداء او وكل به كان ينفذ عليه فكذا اذا اجازه في
الانتهاء يعني ان هذا العقد نافذ في حق ما للعبد من حرمة بيعه ونفوذ عتقه
باداء هذا الحر وموقوف على اجازته فيما عليه من لزوم البدل لانه عقد جرى بين
فضولي ومالك فيتوقف على اجازة من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة
منه فيصير مكاتبا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وان رده
العبد ولم يقبله وادى عنه ذلك الحر لا يجوز لان العقد ارتد برده ولو ضمن الحر
لم يلزمه شيء لان الضمان ببدل الكتابة لا يجوز ثم لو ادى الحر البدل عنه يعتق العبد
ولا يرجع الحر عليه بشيء لانه متبرع فيه وحصل له مقصوده وهو عتق العبد
فصار كما لو تبرع باداء الثمن عن المشتري وهل يرجع على المولى ويسترد ما اداه
ان اداه بضمان يرجع لان ضمانه كان باطلا لانه ضمن غير الواجب وان اداه بغير
ضمان لا يرجع لانه تبرع به ليحصل له العتق هذا اذا ادى بدل الكتابة كله وان ادى
عنه بعضه فله ان يرجع سواء ادى بضمان او بغير ضمان لانه لم يحصل له غرضه
وهو العتق فكان حكم الاداء موقوفا فيرجع وقال بعضهم هو ان يقول كاتب عبدك
على الف درهم ولم يقل على ان اديت اليك الفا فهو حر فادى عتق استحسانا لا قياسا
لانه لا شرط حتى يعتق لوجود الشرط والعقد موقوف وجه الاستحسان انه
لا ضرر للعبد الغائب في توقف العتق على اداء ذلك الحر فيصح العقد في حق هذا
الحكم ويتوقف في لزوم الالف على العبد وان كاتب المولى عبدا عن نفسه اي عن
نفس العبد وعن عبد اخر له غائب فقبل الحاضر صح العقد وقبول العبد الغائب
ورده لغو لان الكتابة قد نفذت وتمت من غير قبوله فلا يعتبر بعد ذلك قبوله

ولا رده

ولا رده يعني اذا قال العبد لمولاه كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان
الغائب ففعل المولى جاز استحسانا والقياس ان تصح على نفسه لولايته
عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه كمن باع عبده وعبد
غيره او تزوج امته وامة غيره ووجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد
الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه
مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها
وليس عليهم من البدل شيء واذا صح العقد على هذا الوجه لا يكون على الغائب من
البدل شيء ويؤخذ الحاضر بكل البدل ولا يؤخذ الغائب بشيء لان التبع في
العقد لا شيء عليه عند وجود الاصل فيه وايهما من الحاضر والغائب ادى
البدل اجبر المولى على القبول يعني يحكم بعتقه بالتخلية بين المال والمولى سواء
اخذ المولى اولا وسواء كان المخلي هو الحاضر او الغائب اما الحاضر فلكون البدل
عليه واما الغائب فلانه ينال شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وهذا كمن
استعار من رجل ثوبا ليرهنه بدينه فرهنه ثم اذا ادى المعير الدين للمرتهن
لفكاك عينه يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن البدل
عليه وعتقا اي الحاضر والغائب لوجود شرط العتق وهو اداء بدل الكتابة
ولا يرجع احدهما على الاخر اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه ومثله لا يرجع
على اخر واما الغائب فلانه متبرع في اداء غير مضطر اليه ومثله ايضا
لا يرجع فان قيل ان الغائب كمعير الرهن على ما تقدم انفا ومعير الرهن مضطر
في الاداء ولهذا كان يرجع على المستعير بما ادى فكيف يكون غير مضطر اليه
اجيب بانه مثل معير الرهن في جواز الاداء من غير دين عليه لا في الاضطرار
فان الاضطرار انما هو اذا فات له شيء حاصل وههنا ليس كذلك انما هو لعرضيته
ان يحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية
حاصل له بالكتابة بما فاته لو لم يؤد فكانه مضطر اليه اجيب بانه متوهم وحق
الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به ثم المولى اذا اعتق الغائب يسقط عن الحاضر
حصته من البدل لان الغائب دخل في العقد مقصودا فكان البدل منقسما

منفسما عليها وان لم يكن مطالبا به بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث لا يسقط عن الام
شئ من البدل باعتاق المولى الولد لانه لم يدخل في العقد مقصودا اذ لم يكن يوم
العقد موجودا وانما دخل في الكتابة بعد ذلك تبعا لها وكذا ولدها المشترى
ولو ابراء المولى الغائب او وهبه مال الكتابة لا يصح لعدم وجوبه عليه ولو ابراء
الحاضر او وهبه له البدل صح وعتقا جميعا بخلاف ما لو اعتق الحاضر حيث
لم يعتق الغائب بل سقط حصة الحاضر من الكتابة ويؤدي الغائب حصته حالا
والا رد في الرق بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث يبقى على نجوم والده
اذا مات كذا في الزيلعي وكذا اى صح لو كاتبهما معا اى لو كاتب المولى عبديه
كتابة واحدة صح ولا يعتق احدهما باداء حصته يعني لو كاتب رجل عبديه كتابة
واحدة بالف وذلك على وجهين احدهما ان يكاتبهما على انهما ان اديا الالف عتقا
وان عجزا ردا الى الرق صح العقد وعتقا معا باداء الكل حتى لو ادى احدهما حصته
من البدل لا يعتق عندنا لانه علق عتقهما في كتابة واحدة باداء كل البدل
فلا يعتق احدهما بدون كل الشرط كما لو قال ان دخلتما هذه الدار فانتما حر لا يعتق
احدهما بدخول واحد منهما وحده وفيه خلاف زفر وثانيهما ان يكاتبهما معا
على ان كل واحد منهما ضامن عن الآخر صح ايضا في الاستحسان ويجعل كل
واحد منهما اصيلا في وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل
كفيلا باداء الآخر بالالف في حق صاحبه تصحيحا لتصرفهم لحاجتهم الى الخروج عن
الرق واذا كان كذلك فايهما ادى الالف جميعا عتقا لوجود الشرط ويرجع على
صاحبه بنصف ما ادى لانه قضى دينا عليه بامره فيرجع عليه تحقيقا للمساواة
ولو اعتق المولى احدهما قبل الاداء عتق وسقطت حصته وبقي على الآخر النصف
ويأخذه المولى من ايهما شاء من المعتق بالكفالة ومن صاحبه بالاصالة كذا في
الاختيار وكلام المص يحتمل الصورتين بخلاف ما لو كانا اى العبدان لاثنين
وكاتباهما بالف كتابة واحدة فان كل واحد منهما يكاتب بحصة نفسه لا بحصة
الآخر يعتق باداتها لان كل واحد منهما انما استوجب البدل على مملوكه ويعتبر
شرطه في مملوكه لا في مملوك غيره بخلاف المسئلة الاولى لان شرطه معتبر

في

في حقها لانها مملوكاه كذا في الاختيار ولو عجز احدهما ثم ادى الآخر الكل اى كل
البدل عتقا قال في الاختيار فان عجز احدهما فرد الى الرق اما بتصالحهما او برده
القاضي ولم يعلم الآخر بذلك ثم ادى الآخر جميع الكتابة عتقا لانها كشخص واحد
الا يرى انهما لا يعتقان الا باداء الجميع فكذا لا يردان الا بعجزهما ولان الغائب ينفرد
بهذا القضاء لانه لو نفذ يسقط حصته من البدل ولا يعتق باداء حصته انتهى
وان كاتبت امة عنها اى عن نفسها وعن صغيرين لها اى للام ملجأ ان استحسانا
والقياس ان لا يجوز الا عن نفسه لولايتها على نفسها لا عن صغيرين لعدم ولايتها
عليها وجه الاستحسان ان المولى خاطب الامة قصدا وجعل الصغيرين تبعا
تبعا لها والكتابة على هذا الوجه مشروعة حتى عتقوا جميعا باداء الامة وليس
على الصغيرين شئ من البدل كما في المسئلة المتقدمة واي من الامة والصغيرين
ادى الكتابة اجبر المولى على القبول وعتقوا ولا يرجع المؤدي على غيره اما الامة
فلانها ادت ما عليها من الدين واما الصغيران فلانهما تبع والمتبرع لا يرجع
واعلم ان وضع المسئلة في الامة اشارة الى ان الحكم في العبد والامة
سواء فانه لو وضعها في العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما
فلا يجوز ذلك في الامة لعدم ولاية الام على الولد حرة او امة بل طريق
جواز العقد في الاولاد بطريق التبعية استحسانا لا بطريق الولاية **باب**
كتابة العبد المشترك ولو اذن احد شريكين في عبد متعلق بشريكين للآخر
متعلق باذن ان يكاتب حصته اى حصة الآخر وهو المأذون له منه اى من
العبد بالف متعلق بيكاتب ويقبض البدل ففعل اى يكاتبه فقبض البعض اى
بعض البدل وهو الالف فعجز المكاتب فالمقبوض للقابض خاصة عند ابح وقالا
بينهما اى العبد مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصل هذا الاختلاف ان الكتابة
تتجزى عند ابح ولا تتجزى عندهما كالاعتاق لان الكتابة شعبة من شعبته لانها
تفيد الحرية من وجه اعني يدا في الحال وفي المال رقبة فيقتصر على نصيبه من
كتابته اعني الشريك المأذون له ولا يتجاوز حصة الآذن عنده لان الاذن
لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما يكون فائدته ان لا يكون للآذن حق الفسخ

كما يكون له ذلك اذا لم ياذن وفائدة اذنه بالقبض ان ينقطع حقه فيما قبض ويختص
به القابض لانه اذنه بالقبض اذن للعبد بالاداء اليه منه فيكون متبرعا بنصيبه
على المكاتب فيصير المكاتب اختص به فاذا قضى به دينه اختص به القابض وسلم له كله
كرب الوديعة ان اذن للمودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى المودع لم يبق لرب
الوديعة عليه سبيل كذا هذا الا اذا نهاه الاذن قبل الاداء فيصح نهيه لانه تبرع
لم يتم بعد والحاصل ان العبد المكاتب نصف كسبه لكونه مكاتبا والنصف الاخر
للشريك الذي لم يكاتب وهو الاذن لان نصيبه قن فيكون كسبه له فاذا اذن
للمكاتب ان يصرفه بدينه صح ويتم تبرعه بقضاء دينه به ولهذا كان المقبوض
للقابض وان عجز المكاتب قبل الاداء جميعا وهل يرجع الاذن بذلك فقال في
الز يلعي انه لا يرجع وان لم يحصل مقصوده وهو حرية المكاتب لان المتبرع عنه هو
العبد ولو رجع لرجع به على العبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا بخلاف ما
اذا تبرع لشخص بقضاء ثمن المبيع ثم استحق المبيع او هلك قبل القبض او انفسخ
البيع او تبرع انسان بقضاء مهر ثم حصلت الفرقة من جهة المتبرع عنه
حيث يرجع البايع والمراة بالثمن والمهر لان ذمة البايع والمراة صالحة لوجوب
دين المتبرع عليها فامكن الرجوع وعندهما ان الكتابة لا تتجزى كالاعتاق فيكون
الاذن بكتابة نصيب صاحبه اذنا بكتابة كله فاذا كاتبه صار كله مكاتبا
نصيبه بالاصالة ونصيب شريكه بالوكالة فيكون مكاتبا لهما ويكون بدل
الكتابة بينهما والمقبوض بينهما ايضا قبل العجز وبعده وانما قيد بقوله فعجز المكاتب
لانه لو لم يعجز وادى كل البدل وقبضه الشريك المأذون له يعتق نصيبه
ولو كاتبه بغير اذن شريكه صار نصيبه مكاتبا عند ابي ح وعندهما صار كله
مكاتبا لما ذكرناه ايضا من الاصل المذكور من ان الاعتاق هل يقبل التجزى
ام لا يقبله وح كان للساكت ان يفسخ بالاجماع قبل ان يؤدى بدل الكتابة
دفعا للضرر عن نفسه بخلاف العتق وتعليق عتقه بالشرط حيث لا ينفسخ
لانه لا يقبل ولو ادى بدل الكتابة عتق نصيبه خاصة عند ابي ح لان العتق يتجزى
عنده وللساكت ان ياخذ من الذى كاتب نصف ما اخذ من بدل الكتابة

لانه

لانه كسب عبد مشترك بينهما ثم ينظر ان كاتب كله بالف لم يرجع على المكاتب بشئ مما اخذه
منه شريكه لانه سلم له بدل نصيبه وان كاتب نصيبه فقط بالف رجع على
المكاتب بما اخذه شريكه لان الكل كان بدل نصيبه فلم يسلم له الا نصفه
فيرجع به عليه وعندهما بالاداء عتق كله ويرجع الساكت على شريكه ان كان
موسرا او الا فعلى العبد ولو كاتب الساكت بمائة دينار بعد الاول صار مكاتبا
لهما اما عنده فظاهر لان نصيبه لم يكاتب من قبل فتصح كتابته بعد الاول
لان الكتابة تتجزى عنده فتنفذ كتابته كل واحد منهما واما عندهما فلان الساكت
كان له ان يفسخ كتابة شريكه بغير اذن فاذا كاتبه كان فسخا في نصيبه منه
فايهما قبض شيئا من بدل نصيبه لا يشاركه صاحبه في ذلك امة لرجلين
اى مشتركة بينهما كاتباها فوطئها احدهما فاتت بولد فادعاه اى الولد الواحد هما
اى الواطى يعنى صحت دعوته وثبت نسبه منه ثم اتت بالاخر اى ثم وطئها الشريك
الاخر فاتت بولد اخر فادعاه الاخر يعنى صحت دعوته ايضا وثبت نسبه
منه فعجزت الامة عن الكتابة فهى اى فالامة بعد تعجيز نفسها ام ولد للاول
اى للواطى الاول لانه لما ادعى الواطى الاول الولد الاول صحت دعوته لقيام
الملك له فيما فيه لان نصفها له فصار نصيبه ام ولد له بناء على ان الاستيلاد
في المكاتبة يتجزى عند ابي ح لانه لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بتملك نصيب
صاحبه ولا يمكن تملك نصيب صاحبه لان المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى
ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فان الاستيلاد
فيها يتجزى بالاتفاق بجامع ان كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك
الى ملك ولا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة
ولا ترضى بحرية اجلة بجهة الاستيلاد فاذا لم يتمحض الفسخ منفعة لا ينفسخ الا
بفسخ المكاتبة ثم ان ادعى الواطى الثانى ولدها الاخر صحت دعوته ايضا لقيام
ملكه فيها ايضا ثم لما عجزت نفسها بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم يكن وتبين
ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال من ملك الى ملك وهو
الكتابة ووطئه كان سابقا فيكون كلها ام ولد للاول بالاتفاق والخلاف الواقع

بين الحج وبين صاحبيه في امر اخر على ما سيظهر لك فاذا كان كلها ام ولد للاول فالحكم
فيها ما اشار اليه بقوله وضمن اي الواطي الاول لشريكه نصف قيمتها لانه تملك نصيب
شريكه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لانه وطي جارية مشتركة وضمن
الواطي الثاني للاول تمام عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول
على الثاني نصف العقر وقيمة الولد عطف على تمام عقرها وهو اي الولد ابنه اي
ابن الثاني بالنظر الى الظاهر والحقيقة اما بالنظر الى الظاهر فلانه بمنزلة المغرور لانه
حين وطئها كان ملكه فانما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة عليه
واما بالنظر الى الحقيقة فللزوم كمال العقر لانه وطي ام ولد الغير حقيقة اعترض
عليه بانه لما وطي ام ولد الغير حقيقة كان ينبغي ان لا يضمن الثاني قيمة الولد للاول
عند الحج لان حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لولدها
اجيب عنه بان هذا على قولهما واما على قول الحج فليس عليه ضمان قيمة الولد وفيه
نظر لان المشهور وهو الظاهر من كلام المص ان هذا على الحج بل الصواب في الجواب
ما قيل عن الحج في تقوم ام الولد روايتان في رواية انها تتقوم فيكون ولدها
متقوما ايضا على هذه الرواية فيكون حرا بالقيمة وايهما من الواطي الاول والثاني
دفع العقر اليها اي الى المكاتبة قبل العجز جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق
القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد العقر الذي اخذته
الى المولى لظهور اختصاص المولى به هذا كله قول الحج وعندهما لا يثبت نسب الولد
من الثاني ولا يضمن قيمته يعني انها عندهما ام ولد للاول ومكاتبة له تعتق باداء
البدل الى الاول ولا يجوز تكميلها بالاجماع ما امكن لان الاستيلاد طلب الولد وانه
يقع بالفعل والفعل لا يتجزى فكذا ما ثبت به ولهذا يجب استكمالها فلو استولد
امة مشتركة بالاجماع لامكان التكميل بالتملك نصيب شريكه لكونها قابلة للانتقال
وقد امكن هنا ايضا بطريق الفسخ لان الكتابة قابلة للفسخ فتنفسخ تكميل الاستيلاد
فيما لا تتضرر به المكاتبة وهو امومية الولد لانه لا ضرر لها فيها بل لها فيها نفع حيث
لم يبق محلا للابتذال بالبيع والهبة وبقي الكتابة فيما تتضرر وهو كونها احق باكسابها
واكساب ولدها فانه لو انفسخت الكتابة في كونها باكسابها لتضررت به الكتابة

فلا يضمن

فلا يضمن قيمته وحكمه كامه في عدم التقوم والا يضمن قيمتها ويضمن تمام العقر لان مثل
هذا الوطي في دار الاسلام لا يخلو عن احد الغرامتين الضمان الجابر او الحد الزاجر
ولما انعدم الحد للشبهة انها مكاتبة بينهما فتعين تمام العقر لها ثم اختلفوا فقال ابو منصور
الماتريدي اذا بقيت الكتابة فيما وراء امومية الولد وصارت مكاتبة للاول صارت
مكاتبة له بنصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر
بسقوط نصف بدل الكتابة وقال الجمهور انها مكاتبة له بكل بدل الكتابة لان الانفساخ
ضروري فلم يظهر فيما وراء الضرورة وهو التملك لاستكمال الاستيلاد فلا يظهر
في حق سقوط نصف البدل ويضمن الاول اي للثاني نصف قيمتها مكاتبة عند
ابي يوسف لانه تملك نصيب شريكه مكاتبة موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك
وهو لا يختلف باليسار والاعسار والاقل منه اي ويضمن الاقل من نصف قيمتها
ومن نصف ما بقي من البدل عند محمد لان حق الشريك في نصف القيمة على
اعتبار العجز عن الاداء او في نصف البدل على اعتبار الاداء والاقل متيقن فيجب
الاول واعلم ان هذا التركيب من مشكلات هذا الفن لانه قد يتوهم ان كلمة من هذه
التي تستعمل في افعل التفضيل وليس كذلك على ما نبه بعض محققي مشايخنا حيث
قال ان كلمة من ليست هي التي تستعمل في افعل التفضيل لانه ان اريد انه يضمن
باقل من كل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من البدل فهذا غير مراد وان اريد انه
يضمن باقل من المجموع او باقل من احدهما فهذا مع كونه غير مراد ايضا شيء مجهول
غير مفيد بل المراد انه يضمن بما هو اقل فان كان نصف القيمة اقل يضمنه وان
كان نصف ما بقي اقل يضمنه فيكون من للبيان تقديره انه يضمن بما هو اقل من
الامر الذي هو نصف القيمة تارة ونصف ما بقي اخرى هذا كله فيما اذا لو وطئها
الثاني ولو لم يطأها الثاني بل دبرها الثاني فعجزت المكاتبة نفسها بطل التدبير
بالاتفاق لعدم مصادفته الملك اما عندهما فظ لان المستولد تملكها قبل العجز
عندها لما تقدم في المسئلة المتقدمة واما عند الحج فلانه بالعجز تبين انه
تملك نصيبه من وقت الوطي فتبين ان التدبير صادف ملك غيره والتدبير يعتمد
الملك فلا يصح بدونه بخلاف النسب فانه يثبت من الثاني ان وجد الوطي منه لانه يعتمد

المعزور لا الملك وهي ام ولد الاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد لزوال المانع
من الانتقال بالعجز على ما تقدم والولد له اي للاول لانه صحت دعوته لقيام الملك
في المكاتب ويضمن الاول لشريكه نصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد بالقيمة
ونصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة بينهما ولو اعتق احدها اي لو كاتباها ثم
اعتقها احدهما موسرا اي المعتق فعجزت المكاتبة نفسها ضمن المعتق اسم فاعل اي ضمن
لشريكه نصف قيمتها ويرجع المعتق به اي بما ضمن لشريكه عليها اي على الامة عند ابي ح
خلافا لهما فانهما قالا لا يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ولا يرجع عليها بما ضمن لشريكه
لانه انما ضمن بسبب اعتاقه والاعتاق فعله فلا يرجع بما ضمن ما لزمه بفعله
واما ضمانه لشريكه فلان الاعتاق لا يتجزى عندهما والكتابة لا يمنع ورود العتق
على المكاتبة فعتقت كلها عندهما للحال وانفسخت الكتابة فيلزمه الضمان لشريكه
ولابي ح ان العتق يتجزى عنده فجاز اعتاق نصف المكاتبة ولا يورث ذلك الفساد
في نصيب الساكت زائدا على ما اوجبته الكتابة فلا يظهر اثر الاعتاق في نصيب
الساكت ما دامت مكاتبة لان اعتاق النصف عنده انما يؤثر في جعل الباقي
كالمكاتبة وهي كانت مكاتبة قبل الاعتاق فكان الاعتاق مخففا لكتابتها فلا يضمن
المعتق قبل العجز عنده لعدم ظهور اثر الاعتاق فيها فاذا عجزت ظهر اثر العتق فيها فكان
للساكت الخيارات الثلث ان شاء اعتق وان شاء استسعى الامة وان شاء ضمن
شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار
على ما بين في كتاب الاعتاق فاذا ضمن المعتق كان له ان يرجع عليها عنده لما ذكرناه
من انه قام مقام الساكت وللساكت الاستسعاء فكذا للمعتق واعلم ان احد الشريكين
لو اعتق العبد المشترك بينهما فالخلاف فيه بين ابي ح وصاحبيه كالخلاف المذكور
في المكاتبة المشتركة في الرجوع وفي الخيارات الثلث وفي الولاء وتردد
الاستسعاء على ما تقدم في كتاب العتق وبينه في العناية والنهاية
وان لم تعجز المكاتبة فلا ضمان على المعتق عند ابي ح لما ذكرناه من ان اثر العتق لم يظهر
في نصيب الساكت وعندهما يضمن الموسر لما ذكرناه من ان الاعتاق لا يتجزى عندهما
فيعتق الكل فله ان يضمن قيمة نصيبه مكاتبا اذا كان موسرا ويجب السعاية في

المعسر

المعسر لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار ولو دبر احد الشريكين ثم اعتق الاخر حال
كون المعتق موسرا ضمنه من التضمين المدبر او استسعى العبد او اعتقه يعني مخير بين
الثلثة وان عكسا اي اعتق احد الشريكين اولا ثم دبر الاخر فالمدبر يعتق او يستسعى
يعني اعتق احدهما اولا فللاخر الخيارات الثلث ايضا وان دبره لم يبق له خيار التضمين
بل بقي له خيار الاعتاق والاستسعاء هذا كله عند ابي ح ووجهه ان التدبير يتجزى
عنده مثل الاعتاق فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه ولا يتجاوز نصيب الاخر
لكنه يفسد به نصيب الاخر لسد باب النقل عليه فللاخر ان يضمن قيمة نصيبه
او ان يعتقه او يستسعاه اي يخير بين الخيارات الثلث فاذا اعتقه لم يبق له خيار
التضمين والاستسعاء ويقتصر الاعتاق على نصيبه ايضا لانه يتجزى عنده
ولا يسري الى نصيب الاخر ولكنه يفسد به نصيب الاخر لسد باب الاستخدام
عليه فللاخر تضمين قيمة نصيبه والاعتاق والسعاية ايضا فان ضمنه قيمة
نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر وهل يتملكه بالضمان ففي العناية
انه لا يتملكه بالضمان لانه يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا
وابق فانه يضمنه ولا يتملكه فكان ضمان حيلولة لا ضمان تملك انتهى هذا كله بيان
المسئلة الاولى واما المسئلة الثانية ما عكسا فان اعتقه اولا ثم دبره
الاخر خيار التضمين والاعتاق والاستسعاء عنده لان العتق اقتصر على
نصيبه لكونه متجزيا عنده فلا يسري نصيب الاخر لكنه يفسد نصيب الاخر
كما مر فله الخيارات الثلث واذا دبره لم يبق له خيار التضمين لانه بمباشرة التدبير
يصير مبرئا للمعتق عن الضمان لان نصيبه كان قنا عند اعتاق المعتق فكان
تضمينه اياه متعلقا بشرط تمليك العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير
بخلاف الاول فان هناك كان نصيبه مدبرا عند اعتاق المعتق لا قنا فلا يكون
الضمان مشروطا بتمليك العين منه والحاصل ان الضمان يتعلق بالتمليك
اذا كان المحل قابلا له وقت الاعتاق كما اذا اعتق اولا عبدا القن فمات او ابق
واما اذا لم يكن المحل قابلا له وقت الاعتاق كما اذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق
بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك لا بالتمليك فاذا اعترض ضمان الحيلولة على ما تعلق

بالتمليك سقط الضمان لفوات شرطه فصار مفوت الشرط بتفويته مبرئا لصاحبه
عما لزمه وبقي له خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وعندهما ان
دبر الاول ضمن بنصف قيمته موسرا كان المدبر او معسرا وعتق الاخر لغو لعدم بقاء
المحل للعتق وهذا لان التدبير لا يتجزى عندهما مثل الاعتاق فكان بالتدبير يتملك
نصيب صاحبه ضرورة فيلزمه ضمان نصيبه ضمان تملك وضمان التملك لا يختلف
باليسار والاعسار فيضمنه موسرا او معسرا ولما صادف تدبيره الكل يضمن بنصف
قيمته قنا وان اعتق الاول ضمن قيمة نصيب الاخر لو كان الاول موسرا او معسرا او استسعى
العبد لو كان الاول معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار وتدبير
الاخر لغو لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فعتق كله باعتاق الاول فلم يبق للتدبير
محلا فلغا بلا **باب العجز والموت** اي عجز المكاتب وموته اذا عجز المكاتب عن نجم
النجم هو الكوكب الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدى فيه من الوظيفة
وقد تقدم من قبل ايضا فان رجي له اي للمكاتب حصول مال سيصله لا يعجل
الحاكم بتعجيزه ويمهل يومين او ثلثة ايام نظرا للجانبين فان الثلثة هي المدة التي
تضرب لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه
فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة يؤخر يوما او يومين او ثلثة لا يزاد عليها والا
اي وان لم يكن له ما يرجى حصوله من المال عجزه الحاكم وفسخ الكتابة ان
طلب سيده او عجزه سيده برضاه اي رضى المكاتب وهذا لانه عقد لازم تام فلا بد
له من القضاء او الرضاء كما في الرجوع عن الهبة والرد بالعيب بعد القبض
وقيل ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضى المكاتب كما اذا وجد المشتري عيبا في
المبيع قبل القبض فانه ينفرد بالفسخ وعند ابي يوسف لا يعجزه ما لم يتوال عليه نجمان
لقول علي اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط فلا يوجد دونه
ولان عقد الكتابة عقد ارفاق مبناه على المسامحة حتى كان احسنه مؤجلة وحالة
الوجوب بعد حلول النجم فلا ارفاق في الطلب عنده فلا بد من امهال مدة ارفاق
واولى المدة لذلك ما توافق عليها العاقدان فاذا مضى النجم الثاني ولم يؤد المال فالان
تحقق العجز عن ادائها فينفسخ لوجود مدة التاجيل الذي اتفق عليها العاقدان ولهما ان

548

سبب الفسخ وهو العجز قد تحقق لان من عجز عن اداء نجم واحد كان عن اداء نجمين
اعجز والمروي عن علي يفيد اثبات الفسخ اذا توالى عليه نجمان فلا ينفي ثبوت الفسخ
قبله لان تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه وقد روي عن ابن عمر ان مكاتبة
له عجزت عن نجم فردها الى الرق فيعارض ما روي عن علي فسقط الاحتجاج به لان
الاثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطا ويصار الى ما بعدها من الحجة فبقي
دليلها المذكور اعني ان سبب الفسخ وهو العجز قد تحقق سالما عن المعارض
لان ما ذكره ابو يوسف خطابة لا يعارض القول المعقول فيثبت الفسخ واذا عجز
نفسه عاد الى احكام رقه لا تنفسخ الكتابة بالعجز لان مقصود المولى من
الكتابة الوصول الى المال عند حلول نجم فاذا عجز نفسه فات مقصود المولى
فينفسخ العقد وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب
عبده وكسب العبد لمولاه ويحل له لما ذكرناه انفا ولو وصلية اصله من صدقة
لانها بعد قبض صارت من اكسابه فيحل لمولاه سواء كان اداه الى مولاه قبل عجزه
او اداه اليه بعد عجزه اما الاول فبالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان
العبد يملكه صدقة والمولى تملكه عوضا عن العتق وتبدل سبب الملك كتبدل
العين واما الثاني فعلى الصحيح من القول على ما بين في العناية والهداية وان
مات المكاتب عن وفاء اي عن مال يفي بما كان عليه من البدل لا تنفسخ الكتابة
ويؤدى بدلها من ماله ويحكم بعتقه في اخر جزء من حيوته ويورث ما بقي
من ماله ويعتق اولاده الذين شراهم او ولدها في كتابته الظرف متعلق بكل
من الفعلين اي شراه وولدا وكوتبوا عطف على شراهم اي يعتق اولاده الذين
كوتبوا معه اي مع المكاتب كتابة واحدة تبعا بان كان الاولاد صغارا فانه لو
كوتب عن نفسه وعن اولاده الصغار دخلت الاولاد في الكتابة تبعا له وقصدا
بان كانت الاولاد كبارا فان الكبار من الاولاد يدخلون في الكتابة بكون
العقد واحدا قصدا لكونهم كبيرا هذا هو قول علي وابن مسعود وبه اخذ علماؤنا
وقال الشافعي تبطل الكتابة بموته ويموت عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول
زيد بن ثابت واستدل لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه

باطل فالمقصود منها كذلك وذلك لان العتق ان ثبت فاما ان يثبت بعد الممات مقصودا
او قبله او بعده مستندا الى حال حيوته لا سبيل الى الاول لان الميت ليس بمحل للعتق
ولا بد له من محل يقوم به ولا الى الثاني ايضا لانه مشروط بالاداء والفرض
عدمه فلزمه وجود المشروط بدون شرطه ولا الى الثالث لان الشيء يثبت في
الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد ولنا ان الكتابة عقد معاوضة لا يبطل بموت
احد العاقدين وهو المولى فكذا بموت الاخر بجامع ان كلا منهما يحتاج الى ابقاء العقد
لاحياء الحق بل حاجة المكاتب الى ابقاء العقد بعد موته اقوى من حاجة المولى لان
حق المكاتب اكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه دون جانب المولى حتى
لم ينفسخ العقد بدون رضى المولى بسبب عجز المكاتب والموت انفى للمالكية منه
فان المملوكية ضعيفة والموت لا ينافيه لكونه عجزا صرفا حقيقيا وفي المالكية
ضرب قوة والموت ينافيها لتضادهما فكان الموت في المالك انفى للمالكية
في الموت في المكاتب للمملوكية والجواب عن الشافعي انه اذا لم يبطل الكتابة بالموت
نزل المكاتب حيا تقديرا كما نزل الميت حيا في بقاء حق التركة على حكم ملكه فيما اذا
كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث
كما اختاره بعض العلماء ويستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو الكتابة الى
ما قبل الموت بجزء كما اختاره المص وهو مختار الاكثرين ويكون اداء خلفه كاداء
نفسه فلا يلزم تقدم المشروط على الشرط ولا تقدم العتق على الاداء بل يفيد الاداء
قبل العتق ثم اعلم ان المكاتب اذا مات عن وفاء وعليه ديون يبدأ بدين الاجنبي
ثم بدين المولى ثم ببدل الكتابة كذا في شرح النقاية نقلا عن المحيط وان لم يترك
وفاء وله ولد ولد على صيغة المجهول في كتابته يسعى الولد على نجومه اي نجوم الوالد
واذا ادى الولد بدل الكتابة حكم بعتقه وعتق ابيه قبل موته اي في اخر جزء من
حيوته بطريق الاستناد هذا بالاتفاق يعني انهم اتفقوا على ان الولد المولود في الكتابة
يسعى في كتابة ابيه على نجومه ان مات بلا وفاء لدخوله في كتابته تبعا له فكان
كسبه ككسبه فيخلفه في الاداء كما لو ترك وفاء فانه يخلفه في الاداء بالاتفاق
فيكون اداؤه كادائه فكذا هذا ويؤديه على نجومه لان حق الكتابة لما ثبت في الولد

بطريق

بطريق السراية فيه ثبت له حق الوجه الذي ثبت لابيه وقد كان التاجيل ثابتا
لابيه فثبت له ايضا فلا يسقط التاجيل بموت الاب بخلاف الحر اذا مات وعليه دين
مؤجل لان حق التاجيل لم يثبت للوارث لان ثبوت الدين على الوارث بطريق الانتقال
والخلافة لا بطريق السراية فلا يثبت على الوجه الذي ثبت على المورث ثم اذا ادى
الولد حكم بعتق الاب والولد جميعا بالاتفاق لوجود شرط العتق وهو الاداء بطريق
الاستناد الى اخر جزء من حيوته ونظيره ان من حفر بئرا على قارعة الطريق
ثم مات عن عبد ولا مال له غيره فاعتقه الوارث ثم مات فيها انسان يضمن
الوارث قيمة العبد كانه اتلفه بعد ثبوت الجناية كذا في علاوة الدين هذا فيما اذا لم يكن
الكتابة بخيار الشرط اما اذا كانت بخيار الشرط ففيه خلاف محمد قال في الزيلعي
نقلا عن الكافي لو كاتب امة على انه بالخيار ثلثة ايام فولدت هي في مدة الخيار
وماتت وبقي الولد بقي خيار المولى وعقد الكتابة عند الح وابي يوسف وللمولى
ان يجيزها فان اجاز يسعى الولد على نجوم امه واذا ادى عتقت الام في اخر
جزء من حيوتها اجزاء حيوتها وعتق ولدها ايضا استحسانا وعند محمد بطل
الكتابة ولا يصح اجازة المولى وهو القياس لان الولد انما يقوم مقام الوالد في
الكتابة اذا كان ولد المكاتبة وامه لم تصر مكاتبة بعد شرط الخيار ولهما ان في
ابقاء العقد فائدة بان يجيزه المولى ويقوم الولد مقامها وينفذ العقد في حق
الام بنفاذه في حق الولد ثم يستند الى وقت الانعقاد هذا كله في الولد المولود
في الكتابة واما الولد المشترى فيها ففيه خلاف بين الح وصاحبيه وهو الذي
ذكره بقوله والولد المشترى اي الولد الذي اشتراه ابوه او امه في كتابته
ومات بلا وفاء وترك الولد الذي اشتراه فقال ابو ح يقال لذلك الولد اما ان
تؤدي حالا بدل الكتابة او ترد في الرق وعندهما هو اي الولد المشترى كالاول
اي الولد المولود في الكتابة والجامع بينهما ان الولد المشترى في الكتابة يكاتب
عليه تبعا له مثل الولد المولود في الكتابة ولهذا يملك المولى اعتاق الولد المشترى
فيها مثل الولد المولود فيها بخلاف سائر اكساب المكاتب فان المولى لا تصرف له
في اكسابه ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وفرق ابو ح بينه وبين الولد

المولود فيها بان الولد المولود ثبت له حكم الكتابة بطريق السراية لكونه جزء منه حالة
العقد فثبت له ما ثبت لابيه على ما تقدم من قبل بخلاف الولد المشترى في الكتابة
لانه لم يثبت فيه حكم الكتابة بطريق السراية لعدم امكان السراية لانه منفصل عن
المكاتب حالة العقد فلم يثبت فيه ما ثبت للاصل من الاصل بل يقال له ما ذكر من
التزيد وكان ينبغي ان يباع بعد موت الاب لفوات المتبوع ولعدم السراية ولكنه
اذا جاء بدل الكتابة في حال الاصار كانه مات عن وفاء وان مات المكاتب وترك
ولدا من حرة اي امراة معتقة الغير ودينا على الناس فيه اي في ذلك الدين
وفاء بالكتابة فجنى الولد فقضى القاضي بارش الجناية على عاقلة الام لا يكون ذلك
القضاء قضاء بعجز المكاتب يعني مكاتب مات وله ولد حر من امراة حرة معتقة
وترك دينا على الناس فيه وفاء بمكاتبته فالكتابة باقية وولاء الولد لمولى الام اما
بقاء الكتابة فلان له من المال ما ينتظر حصوله لان الدين مال باعتبار ماله
ولكنه لا يحكم بعتقه حتى يؤدى البدل واما ان الولاء لمولى الام فانه لما لم يحكم
بعتقه لم يظهر للولد ولاء في جانب ابيه فيكون لمولى الام لالحاقه بامه في
الحرية حتى لو ترك عينا بدل الدين لم يتات القضاء بالحاقه بالام لامكان الوفاء
في الحال ولهذا قال ودينا على الناس لانه لو ترك عينا لم يكن الالحاق بالام فان
جنى هذا الولد جناية وقضي بموجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك
قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر
الشيء لا يبطله اما انه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة يستلزم الحاق الولد بموالي
الام وايجاب العقل عليهم لا على وجه الاستقرار بل على وجه يحتمل ان يعتق
المكاتب بالاداء فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من
قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا
كذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها
وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه واما ان كل ما يقرر شيئا لا يبطله
فلانه يعود على موضوعه بالنقض وان اختصم موالي الام والاب في ولائه
بعد ما مات هذا الولد بعد موت الاب واختصم موالي الاب مع موالي الام فقال

مولى

موالي الام مات الولد رقيقا والولاء لنا وقال موالي الاب مات حرا والولاء لنا فقضى
القاضي به اي بالولاء لموالي الام فهو قضاء بعجزه اي بعجز المكاتب وفسخ الكتابة
لان هذا الاختلاف اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتنى على بقاء الكتابة
وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت
واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب واستقر عليهم
فاذا قضى القاضي بالولاء لموالي الام نفذ قضاؤه لكونه في فصل مجتهد فيه
لان القضاء في فصل مجتهد فيه نافذ بالاجماع فاذا نفذ قضاؤه كان
تعجيزا للمكاتب وفسخا للكتابة فظهر الفرق بين هذه المسئلة والمسئلة المتقدمة
ولو جنى عبد فكاتبه سيده جاهلا بجنايته فعجز المكاتب نفسه دفع اي
المولى العبد او فدى مالا اي للولي مخير بين الدفع والفداء لان احد هذين الامرين
موجب جناية العبد في الاصل والموجب للاصل لا يترك الا لمانع والمانع عنه
حال الكتابة قائم اما عن الفداء فلعدم علمه بالجناية واما عن الدفع فلتعذره بالكتابة
فاذا عجز عنها فقد زال المانع وعاد الحكم الاصلي فان قيل فما الحكم فيه عند عدم العجز
فالجواب انه يجب على المولى قيمته لولي الجناية لانه لما لم يعلم جنايته لم يلزمه الفداء
وبالكتابة تعذر عليه الدفع فوجب عليه قيمته كذا في العناية وكذا
اي المولى مخير بين الدفع والفداء لو جنى المكاتب فعجز قبل القضاء به اي بموجب
الجناية لما ذكرناه من انه زال المانع فعاد الحكم الاصلي ولو عجز بعدما قضي عليه
اي على المكاتب به اي بموجب الجناية فهو اي ما قضي به عليه من موجب الجناية
دين في ذمته يباع فيه لعلم ان المكاتب اذا جنى جناية خطأ فانه يسعى في
الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان دفعه تعذر بسبب الكتابة وهو احق
بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون له الكسب فيلزم على
المكاتب موجب جنايته وهو الاقل من القيمة ومن ارش الجناية كما في جناية
المدبر وام الولد فانه يجب على المولى الاقل من قيمتهما ومن ارش جنايتهما لان المولى
هو الاحق بكسبهما هكذا ذكره الكرخي وغيره واذا علمت هذا ظهر لك ان الحق
فيما نحن فيه قد انتقل بالكتابة من الموجب الاصلي وهو دفع الرقبة الى القيمة فاذا ارتقت

الكتابة بالعجز قبل القضاء عاد الموجب الاصلي واذا زالت به بعد القضاء لم يعد
الموجب الاصلي صونا للقضاء عن البطلان وهذا قول الح ومحمد وقد رجع اليه
ابو يوسف اخرا وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء الان يقضي
المولى عنه وهو قول زفر ولا تنفسخ الكتابة بموت السيد لانها لو انفسخت بموته
لادى موته الى ابطال حق المكاتب لان الكتابة حقه لانها سبب حريته وحريته
حقه وسبب الحق حق له ايضا وما يفضي الى ابطال حق الغير لا معتبر به ويؤدي
المكاتب البدل الى ورثته اي ورثة السيد سواء كان البدل مالا بان كاتبه
على مال او عملا بان كاتبه على خدمته سنة معينة لكنه لو كاتبه على سنة بان
مثلا فمات المولى قبل خدمته اصلا او تمام ما ينقلب البدل مالا على ما بيناه
عند شرح قوله فمن كاتب مملوكه ولو صغيرا قليلا على نجومه اي مؤجلا لانه
استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فينبغي بهذه الصفة من
غير تغيير فان اعتقه اي المكاتب بعضهم اي بعض الورثة لا ينفذ عتقه لانه
لم يملكه بعد اداء المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بالارث ولا عتق
فيما لا يملكه ابن ادم وان اعتقوه كلهم عتق مجانا في الاستحسان والقياس
ان لا يعتق ايضا لعدم الملك فيه لما ذكرناه ووجه الاستحسان ان يصير
اعتاقهم ابراء عن بدل الكتابة فانهم يملكونه بجريان الارث فيه واذا برئ المكاتب
عن جميع بدل الكتابة عتق مجانا كما اذا ابراه مولاه فان قيل هلا جعل اعتاق
احد الورثة ابراء عن نصيبه اجيب بانه لا يصح لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحا
لعتقه والعتق لا يثبت في المكاتب بابراء بعض البدل او اداء لا في بعضه
ولا في كله لان عتقه معلق بسقوط جميع البدل ولهذا لو ابراء المورث
عن بعض البدل لم يعتق شيء منه فاذا لم يمكن اثبات العتق لا يثبت المعتق
فلا وجه لابراء البعض وكذلك لا ابراء الكل لحق بقية الورثة **كتاب الولاء**
الولاء يتنوع باختلاف السبب الى نوعين الاول ولاء عتاقه ويسمى ولاء نعمة
ايضا وسببه العتق على ملكه وقيل سببه الاعتاق استدلالا بقوله عم
الولاء لمن اعتق والصحيح هو الاول لانه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان

الولاء له ولا اعتاق فجعل العتق سببا اولى لعمومه والثاني ولاء الموالاة وسببه
العقد على ما سيصرح به ولهذا يقال ولاء العتاقه وولاء الموالات اضافة
للمسبب الى السبب على ما هو الاصل في الاضافة وهو في اللغة التناصر مطلقا
وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل فالمصنف اشار
الى النوع الاول فقال الولاء لمن اعتق هكذا روى مرفوعا الى رسول الله يعني
اذا اعتق الرجل مملوكه كان الولاء له لقوله عم الولاء لمن اعتق ووجه الاستدلال
ان الحكم اذا ترتب على المشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم ولان
العتق يحصل به العقل والميراث اما العقل فلان المولى ينتصر بمعتقه بسبب
العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم فجعلت بغنم نصره يغرم عقله
واما الميراث فلان المولى احياه بالاعتاق لازالة الرق منه لان الرقيق هالك
حكما حتى لا يثبت في حقه كثير من احكام الاحياء كالقضاء والشهادة والسعي
الى الجمعة والعيدين وبالاعتاق تثبت هذه الاحكام في حقه فكان احياء
ومن احيى غيره يعتق ورثته كالولد فصار الولاء كالولاد والولاد يوجب الارث
فكذلك الولاء فاذا انتصر المولى بالمعتق عقلا وارثا بسبب العتق ثبت له الولاء
لمن اعتق لانه عبارة عندهم عن تناصر يوجب العقل والارث ثم كلمة من اعم من
الرجال والاناث لان المراة لها ولاء عتاقه لمعتقها لكن الحربي مخصوص عنه
فان الحربي لو اعتق عبده في دار الحرب لا ولاء له عليه حتى اذا خرجا الينا
مسلمين لا يرثه خلافا لابي يوسف بخلاف الذمي فان له ولاء العتاقه كذا في
الزيلعي ولو وصلية بتدبير او استيلاد او كتابة او وصية او ملك قريب يعني
يستوي عند الموت ايضا فان قيل كيف يثبت الولاء عند الموت اجيب عنه بان
المراد ان ثبوت الولاء لعصبة المولى انما يكون بسبب ثبوته للمولى فانه المستحق له
اولا لصدور سبب العتق منه ثم يسري منه الى عصبته وبالقرابة بان ملك
قريبه يثبت بها عند الشراء وسواء كان العتق حاصلا ابتداء او بجهة الواجب
ككفارة اليمين والفدية ولغا شرطه اي شرط الولاء لغيره بان اعتق عبده
وشرط ان ولاء لغيره او سائبة بان اعتق عبده وشرطه ان لا يرثه ولا ولاء

عليه كان كل من الشرطين لغوا لكونه مخالفا لحكم الشرع فلا يرثه غيره ويرثه هو كما
في النسب اذا شرط ان لا يرثه ومن اعتق حاملا من زوج قن يعني اذا زوج رجل
امته من عبد الغير وحبلت الامة من زوجها القن للغير فولدت لاقل من
نصف سنة من حين اعتقت فولاء الولد له اي للمعتق وهو مولى الام لا ينتقل
الولاء عنه اي عن مولى الام ابدا لانه عتق مولى الام كالام قصدا لانه جزء الام
فيقبل الاعتاق قصدا لان الجنين في حكم العتق كشخص على حدة حيث يجوز افراده
بالعتق فلا ينتقل ولاؤه عنه لان الولاء لمن اعتق نصا وكذا لو ولدت توءمين
احدهما اي ولدت احد التوءمين لاقل من نصفها اي من نصف السنة فالولاء
لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانا تيقنا ان الاول كان موجودا وقت العتق
وتيقنا انهما توءمان حملت بهما جملة لعدم تخلل اقل مدة الحمل بينهما فاذا تناول
الاعتاق الاول تناول الاخر ايضا ضرورة فصار المولى معتقا لهما جميعا لاجزءا لهما
له لا ينتقل عنه ابدا وان ولدت لاكثر من ذلك اي من نصف سنة فولاؤه اي
له اي لمولى الام ايضا اي كما اذا ولدت لاقل من نصف سنة لانه عتق تبعا للامه
لاتصاله بها عند عتقها وقد تعذر جعله تبعا للاب لرقيته لكن ان اعتق الاب
اعني عبد الغير اي اعتق هو بعد عتق الام وولادتها لاكثر من نصف سنة جره
اي جر الاب ولاء ولده من موالي الام الى مواليه اي موالي الاب لان الولاء
بمنزلة النسب لقوله عم الولاء لحمة كلحمة النسب ثم النسب الى الاباء فكذلك الولاء
والنسبة الى موالي الام كانت لضرورة عدم اهلية الاب لرقه فاذا صار اهلا
له بزوال المانع عاد الولاء اليه كما ان ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة
فان اكذب الملاعن نفسه عاد الانتساب اليه اعترض على قولهم فاذا صار
اهلا له عاد الولاء بانه اذا اعتقت المعتدة عن موت بان كانت الامة امرأة
مكاتب فمات المكاتب عن وفاء او اعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل
من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد لموالي الام لم ينتقل
عنهم اصلا وان اعتق الاب الرقيق اجيب بان العود اليه بعود الاهلية ولم يثبت
بهذا العتق اهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت لعدم تصور الوطء والى

مابعد

مابعد الموت الطلاق البائن بحرمة الوطء وكذلك الى ما بعد الطلاق الرجعي لانه
لا يصير مراجعا بالشك لانه اذا جاءت بالولد لاقل من سنتين احتمل ان
يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل
ان لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك
اسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فيعتق مقصودا ومن
عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه ابدا كما في المسئلتين المذكورتين في الكتاب
من قبل وتبين من هذا انها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر كان الحكم كذلك
بطريق الاولى للتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق واما اذا جاءت به
لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل
ما كان واما في الرجعي فولاء الولد لموالي الاب لتيقننا بمراجعته كذا في العناية
واعلم ان المص ذكر ههنا جر الولاء وفرق مواضع الجر عن غيره والاصل في
ذلك ان العتق اذا وقع على الولد مقصودا لا ينتقل ولاؤه من المعتق ابدا وان
وقع تبعا للامه ثم اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه وعلى هذا لو اعتق الرجل
امته وولدها عتقا معا وولاؤها له فان اعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاؤه
لانه لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا لمالك الام والعتق تناوله مقصودا
فلا يتبع احدا واذا اعتقت الام وهي حامل او اعتقت وولدت بعد العتق لاقل
من ستة اشهر او ولدت احدى التوءمين لاقل من ستة اشهر ثم اعتق الاب
رجل اخر فكذلك لا ينتقل الولاء الى موالي الاب لان المولى قصد اعتاق الام
والعقد ايها بالعتق قصد الى جميع اجزائها والحمل جزء منها فان كان الحمل ظاهرا
وقت الاعتاق فواضح وهي مسئلة الكتاب وان ولدت لاقل من ستة اشهر
حصل اليقين بقيامه فيه وكذا اذا ولدت احد التوءمين اقل من ستة اشهر
على ما ذكر في الكتاب وبيناه واما اذا اعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة ثم
اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه على ما بيناه وسياتي زيادة تفصيل واذا جر
ولاءه الى مواليه فهل يرجع الاولون عليهم بما عقلوه قالوا لا يرجعون واليه
اشار بقوله ولا يرجع الاولون اي موالي الام عليهم اي على موالي الاب بما عقلوا

عنه اي عن الولد قبل الجر بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب
الملاعن نفسه حيث يرجعون على عاقلة الاب والفرق ان النسب يثبت من وقت
العلوق لا من وقت الاكذاب اذ لا يتصور ان يكون الانسان ولدا لشخص في وقت
ثم يتحول بعد ذلك الى غيره فيكون ولدا لغيره وبالاكذاب تبين ذلك وتبين
ان عقله كان على مولى الاب وقد اجبر قوم على الاداء فيرجعون عليهم وفي
الولاء حين عقل قوم الام كان ثابتا لهم وانما يثبت لقوم الاب مقتصرا على
زمان الاعتاق لان سببه هو العتق مقصور عليه فلا يرجعون به كذا في
الزيلعي ولو تزوج مسلم عجمي لم يعتقه احد اصلا بل هو حر قيده بالعجمي لانه لو كان
الاب عربيا يكون ولاؤه لقوم ابيه بالاتفاق وفسرنا بكونه حر الاصل لان
الابوين لو كانا معتقين يكون ولاء لقوم ابيه ايضا بالاتفاق على ما سنبينه
له اي ذلك الحر العجمي والمراد بالعجمي هنا غير العرب كما في باب الكفاءة مولى موالاة
اولا اي او لم يكن له مولى موالاة معتقة مفعول تزوج اطلق المعتقة وهو وضع
محمد في الجامع الصغير واختاره صاحب الهداية والكنز ولم يقيدها بكونها
معتقة العربي كما هو وضع القدوري لما ذكره في الزيلعي وغيره ان وضع
المسئلة في مطلق المعتقة هو الصواب وما ذكره القدوري اتفاقي لا احترازي
لان ولاء العتاقة قوي معتبر شرعا فلا يختلف بين ان يكون معتق هذه المعتقة
من العرب او من غير العرب فيجب في الجميع نسبة اولاد المعتقة الى المعتق ان
لم يكن ابوهم عربيا على ما قالوا فولاء الولد لمواليها اي لموالي الام المعتقة عند الامام
ومحمد وعند ابي يوسف حكمه حكم ابيه صورة المسئلة حر عجمي تزوج معتقة
فولدت منه فولاء ولدها لموالي الام سواء كان للاب ولاء موالاة او لا وسواء
كان الام معتقة العربي او معتقة العجمي عند الامام ومحمد وقال ابو يوسف
حكم ولدها حكم ابيه سواء كان للاب ولاء موالاة او لا ولا يكون لموالي الام
ولاء لان الولاء كالنسب والنسب الى الاب وان كانت الام اشرف لكون الاب
اقوى فكذا الولاء كما اذا تزوج عربي معتقة فولدت منه فولاء ولدها للاب
لا لموالي الام فكذا اذا كان الاب عجميا لاستوائهما في الحرية الاصلية وكما اذا تزوج

عجمي

عجمي بعربية حرة فولدت منه فولاء ولدها لقوم ابيه لا لموالي الام فكذا اذا كانت
الام معتقة بخلاف ما اذا كان الاب عبدا فان العبد هالك معنى لكونه رقيقا
فلا ينسب اليه النسب ولهما ان ولاء العتاقة قوي يعتبر لقوته في حق الاحكام
حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم لما كان ضعيفا لتضييعهم انسابهم
حتى لم يعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب كان وجوده كعدمه كالعبد لضعفه سواء
كان له ولاء موالاة او لم يكن فلا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة اما اذا لم يكن
فظاهر واما اذا كان له ولاء موالاة فلان ولاء الموالاة ضعيف ايضا حتى
يقبل الفسخ فلا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة فصار وجوده كعدمه ايضا
وكذا حريته ضعيفة الا ترى انها تحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف العربي
فان له نسبا معتبرا وحريته ثابتة فامتنع نسبة الولد الى معتق الام لقوة جانب
الاب وبخلاف ما اذا تزوج العربي العجمي عربية لان اولادها منها لو نسبوا الى
قوم امهم لنسبوا اليهم بالنسب والنسب الى الام ضعيف غير معتبر ولا عصوبة
بينهم واما اولاد المعتقة فينسبون الى قوم امهم بالعصبة لا بالنسب فيجوز ثم
ثمرة هذا الاختلاف تظهر فيما اذا مات هذا الولد وترك عمة او غيرها من ذوي
الارحام ومعتق الام او عصبة معتقها كان المال لمعتق امه او عصبته عندهما
وعند ابي يوسف يكون لذوي الارحام لان حكمه حكم ابيه عنده فلا يكون
عليه ولاء كما اذا كان الاب عربيا واعلم انهم اختلفوا في انه هل يشترط في
ثبوت الولاء على الولد ان لا يكون الا حرة اصلية او لا يشترط فمنهم من ذهب
الى الاول ومنهم من ذهب الى الثاني والاكثر على الاول منهم صاحب البدائع وصاحب
الدرر واكثر مشايخ الاسلام حتى المولى ابو السعود افتى اولا بعدم الاشتراط
ثم رجع وافتى بالاشتراط واستقر عليه رايه وبيانه يحتاج لتمهيد مقدمة
فاعلم اولا ان لفظ حر الاصل يستعمل عند الفقهاء على معنيين احدهما من لم يجر
على نفسه رق بل تولد من معتقة والثاني من لا يكون في اصله رقيق اصلا
وثانيا ان الولاء على ما صرح به في الهداية وغيرها مبني على زوال الملك
ولهذا لا تقبل الشهادة بالتسامع في الولاء كما لا تقبل في العتق وزواله فرع

بنوته وثبوته على الولد يكون من قبل الام لما تقرر ان الولد يتبع الام في الرق والحرية
ولا يسري ملك الاب الى الولد فلا يكون زواله عن الولد الا من قبل معتق الام فاذا
لم يكن في جانب الام رق لا يتصور على الولد ولاء وثالثا ان اللفظ اذا كان
قطعيا في معنى وجب ان يحمل عليه الظاهر المحتمل له ولغيره ورابعا ان المطلق
يحمل على المقيد في الروايات اذا عرفت هذه المقدمات فاعلم ان صاحب
البدايع ذكر ان من شرط ثبوت الولاء على الولد ان لا يكون الام حرة اصلية
فان كانت حرة اصلية فلا ولاء لاحد على ولدها وان كان الاب معتقا لان
الولد يتبع الام في الرق والحرية ولا ولاء لاحد على امه فكذا على ولدها
وهذا لانه اراد بالحرية الاصلية المعنى الثاني الذي ذكرناه بقرينة قوله
ولا ولاء لاحد على امه وقد عرفت ان الولاء مبني على زوال الملك وزوال
الملك بالواسطة لا يكون الا من قبل الام فاذا كانت الام حرة الاصل بهذا
المعنى لم يثبت على الولد ملك فلا يثبت عليه ولاء هذا وقال في المنية وان
عتق حر الاصل بان كانت امه حرة اصلية او عارضية يجوز ان يثبت عليه
ولاء اما لقوم الاب او لقوم الام ثم قال ان كان الاب حر الاصل لا ولاء
لقوم الاب وكذا اذا كانت الام حرة الاصل لا ولاء لقوم الام لان حر
الاصل لم يجر عليه عتق وهكذا ذكره في الدرر ثم قال فالمتبادر من
ظاهر كلامه ان الام اذا كانت حرة الاصل مطلقا جاز ان يثبت على ولدها
الولاء وليس كذلك بل مراده بالحرية الاصلية هنا الحرية الاصلية بالمعنى
الاول اعني لا يكون في اصله رقيق اصلا بقرينة انه جعل الولد المتولد
من حرة عارضية وهي المعتقة حرة الاصل ثم جعل الحرية الاصلية مقابلة
للعارضية فلا مخالفة بينه وبين ما سبق من البدايع فصورة كون الولاء
لقوم الاب ما اذا لم يكن في نسب الاب رقيق والولد ولد من معتقة او من
ولدت من معتقة فان ولاء الولد في الاول لقوم الاب اتفاقا وفي
الثاني لقوم الام عند ابح ومحمد والحاصل ان الابوين اذا كانا حرين اصليين
بالمعنى الثاني فلا ولاء على الولد اصلا واذا كانا معتقين او في اصلهما معتق

فالولاء

فالولاء لقوم الاب واذا كان الاب معتقا او في اصله معتق والام حرة الاصل
بالمعنى الثاني سواء كانت عربية او عجمية فلا ولاء على الولد لقوم الام وان كان
غير عربي فعند ابح ومحمد يكون لقوم الام عليه ولاء خلافا لابي يوسف
قال في حاشية الدرر نقلا عن شرح الوجيز ولد امه حرة اصلية
وابوه رقيق لا ولاء عليه مادام الاب رقيقا فان اعتق فهل يثبت الولاء عليه
لمولى الاب يحكى فيه قولان انتهى ثم ذكر مسئلة مثله عن معراج الدراية ايضا
ولعل مبنى الروايتين على اشتراط عدم كون الام حرة اصلية وعدم اشتراطه
فمن لم يشترط يثبت الولاء ومن شرط لا يثبته والمعتق اسم فاعل مقدم على
ذوي الارحام موخر عن العصبة النسبية وهي كل من ياخذ ما ابقته اصحاب
الفرائض من التركة وعند الانفراد ياخذ التركة كلها كالابن وابن الابن وان
سفل والاب والجد والعم لابوين او لاب وابن العم كذلك وذوو الارحام
كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة على ما بين في الفرائض وقد بين فيه ايضا
ان المعتق اخر العصبات موخر عن العصبة النسبية مقدم على ذوي الارحام
فان مات السيد ثم المعتق اسم مفعول ولا وارث له فارثه لاقرب عصبة
سيده فيكون الارث لابنه اي ابن السيد دون ابيه لو اجتمعا اي ابن سيده
وابوه وهذا لان الابن مقدم على الاب على ما بين في الفرائض هذا عند ابح
ومحمد وعند ابي يوسف لابيه السدس والباقي للابن قلنا استحقاق
الاب السدس مع الابن بالفرضية لا بالعصبية والاب هنا عصبة لا صاحب
فرض فيقدم اقرب العصبات وهو الابن ولو اعتقت امراة عبدا لها ثم ماتت
وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لابنها
دون اخيها بالاتفاق لان الابن اقرب في العصوبة ولا فرضية للاخ الا
ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايتها على قوم ابيها
جناية معتقها وابنها ليس من قوم ابيها وعند استواء القرب يستوي القسمة
حتى لو مات السيد وترك ابنين ثم مات المعتق بلا وارث يستوي الابنان
في القسمة لاستوائهما في القرب وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن

او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن الحديث اى تمام الحديث او دبرن او دبر من دبرن او جر ولاء معتق معتقهن او معتق معتقهن هذا الحديث وان كان
فيه شذوذ من حيث المتن حيث لم يوجد في الصحاح والحسان بهذا المتن لكنه
تاكد بما روى عن كبار الصحابة بمثله فصار بمنزلة المشهور فيحتج به والكلام فيه من
وجهين الاول في اعرابه فقوله الا ما اعتقن مستثنى من مقدر وما موصولة
وضمير الصلة محذوف اى ليس للنساء شئ من الولاء الا ولاء ما اعتقن
او ولاء من اعتق من اعتقنه او ولاء ما كاتبنه او ولاء ما كاتبه من كاتبنه
او ولاء ما دبرنه او ولاء ما دبره من دبرنه وقوله او جر يحتاج الى ان
تقدر معه ان حتى يصير مؤولا بالمصدر اى ليس لهن شئ من الولاء الا ولاء
ما ذكروا او ان جر ولاء معتقهن حاصل المعنى ليس لهن شئ من الولاء الا ولاء
معتقهن او ولاء معتق معتقهن الخ او الولاء الذى جره معتقهن اعترض عليه
بان ما لغير العقلاء والمعتق من العقلاء اجيب عنه بوجهين الاول بان ما
عبارة عن المرقوق الذى يتعلق به الاعتاق والرق في المرقوق بمنزلة الموت
فيكون المرقوق بمنزلة الميت الجماد فاستعمل فيه كلمة ما والثانى ان ما مجاز عن
كلمة من الكلام الثانى في صور مسائل فصورة ولاء معتقهن ومكاتبهن
ظاهرة واما صورة ولاء معتق معتقهن فهى ان المراة اذا اعتقت عبدا فاشترى
ذلك العبد عبدا اخر واعتقه ثم مات المعتق الثانى وليس له عصبة نسبية
وقد مات قبله العبد الاول وعصبته فميراثه لتلك المراة بالعصوبة من
جهة الولاء وكذلك الحكم في مكاتب مكاتبهن وصورة ولاء مدبرهن ان دبرت
امراة عبدا ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب وحكم القاضى بلحاقها وعتق عبدها
المدبر ثم اسلمت ورجعت الى دار الاسلام ثم مات المدبر ولم يخلف عصبة
نسبية فولاؤها لها وصورة مدبر مدبرهن انها دبرت فلحقت بدار الحرب
فقضى به وبعتق مدبرها فاشترى عبدا ودبره ثم مات ورجعت المراة تائبة
الى دار الاسلام اما قبل موت مدبرها او بعد موته ثم مات المدبر الثانى
ولم يخلف عصبة نسبية فولاؤها لها وصورة جر ولاء المعتق ان عبد امراة

تزوج بمعتقة الغير باذنها فولد بينهما ولد هو حر تبعا للامه فولاؤه لامه فاذا اعتقت
تلك المراة عبدها جر ذلك ولاء ولده الى نفسه او لا ثم الى مولاته حتى اذا مات
المعتق ثم مات ولده وخلف معتقة ابيه فولاؤه لها وصورة الجر ولاء معتق
معتقهن ان امراة اعتقت عبدا فاشترى العبد المعتق عبدا وزوجه بمعتقة الغير
فولد بينهما ولد هو حر تبعا لامه فولاؤه لموالى امه فاذا اعتق ذلك العبد المعتق
عبده جر ولاء ولد معتقه من موالى الام الى نفسه ثم الى مولاته **فصل**
في ولاء الموالاة اخره عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة مقدم عليه
رتبة لقوته لكونه غير قابل للتحول فقدمه وضعا ليوافق الوضع الطبع ولاء
الموالاة سببه العقد بان يسلم رجل على رجل ويقول له واليتك على انك
ان مت فميراثى لك وان جنيت فعقلى عليك وعلى عاقلتك وقبل الاخر منه
صح العقد بعد وجود شرائطه التى نذكرها وهى خمسة احدها ان يكون ذلك
الرجل مجهول النسب بان لا ينتسب الى غيره والا لا يصح ان يوالى غيره واما
نسبة غيره اليه فغير مانع والثانية ان لا يكون له ولاء عتاقة وولاء موالاة
مع احد وقد عقل والثالثة ان لا يكون عربيا لان تناصر العرب بالقبائل
فاغنى عن الموالات والرابعة ان يكون حرا عاقلا بالغا لان عقد الموالات
تصرف دائر بين النفع والضر لان فيه ايجاب الارث والزام العقل فلا يصح
عن العبد الا باذن سيده ولا عن المجنون وهو ظاهر ولا عن الصبى ايضا
ولو عاقلا الا باذن ابيه او وصيه والخامس ان يشترط الميراث والعقل
لان هذا العقد يقع على ذلك فلا بد من ذكره في العقد واما كونه المسلم
على يد الاعلى فليس بشرط في صحة العقد وانما وقع ذلك في عبارة المص
وغيره من الفقهاء اتفاقا لا حرزا له بخرج الغالب وحكمه ان يثبت به الارث
اذا مات وان يعقل عنه اذا جنى ويدخل فيه اولاده الصغار ومن يولد له
بعد العقد فلو اسلم هذا ليس بشرط في هذا العقد بل خرج مخرج الغالب
وقد ذكرناه من قبل عجمى اى حر اصلى مكلف وهذا من شروطه كما ذكرناه
على يد رجل ووالاه بان قال واليتك على ان ترثنى ان مت وتعقل عنى ان جنيت

ولا بد من ذكر هذا كما عرفت من قبل واليه اشار بقوله على ان يرثه ان مات ويعقل
عنه ان جنى او والى عطف على قوله ووالاه اى اسلم عجمى على يد رجل ووالى غير
من اسلم على يده صح عقد الموالات وقال الشافعى ومالك لا يصح هذا العقد
ووجهها والجواب عنه ذكر في المفصلات ان لم يكن معتقا اسم مفعول لانه
لو كان معتقا لانسان لم يصح عقد موالات لان ولاء العتاقة قوى فلا تقدر
على ابطاله بعقد الموالات وهذا من احدى شروطه ايضا على ما ذكرناه
وعقله هذا شروع في بيان حكمه اى عقل جنايته عليه اى على من والاه وارثه
له اى لمن والاه ان لم يكن له اى للذى والى غيره وارث فانه لو كان له وارث
فالوارث اولى منه وان كان من ذوى الارحام فانه مؤخر عن ذوى الارحام
على ما اشار اليه بقوله وهو اى القابل لمولى الموالات مؤخر عن ذوى الارحام
فاذا كان مؤخرا فلا يرثه عنه واعترض عليه بانه ينبغى ان يكون الثلث للمولى
الموالات كما لو اوصى بكل ماله لرجل اخر وله وارث معروف فان ثلثه لذلك
الرجل واجيب بالجملة بعقد الولاء وارثا عنه وفي سبب الوراثة ذو القرابة
ارجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا وان اختلفوا في كونها سببا للارث
وعقد الولاء مختلف في ثبوتها شرعا فان الشافعى ومالكا انكراه ولا يظهر
الضعيف في مقابلة القوى فلا يظهر استحقاق المولى معه لهذا السبب في
شئ من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها خلافه في المال مقصودا فلا يمكن
جعل الثلث بطريق الوصية لانه ما اوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الارث
لترجح استحقاق القريب عليه وله اى للمولى الاسفل اعنى من والى غيره ان
يفسخه قولا بحضرته اى بحضرة الاعلى لانه عقد غير لازم كالوكالة والوصية
لان الاعلى متبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته والاسفل متبرع بجعله
خليفته في ماله والتبرع غير لازم ما لم يحصل به القبض والعوض كان في
الهبة فهذا غير لازم ما لم يعقل عنه شيئا فاذا كان غير لازم فلكل واحد منهما ان
ينفرد بفسخه بحضر صاحبه لا في غيبته لان العقد قد تم بهما معا كان في الشركة
والوكالة والمضاربة فلا بد في فسخه من حضورهما كيف لا والفسخ في غيبة

الآخر

الآخر لا يعرى عن ضرر لانه ربما يموت الاسفل فيأخذ الاعلى ماله ميراثا له وقد
كان فسخه الاسفل ولم يعلم الاعلى فيكون ما اخذه ميراثا مضمونا عليه فيتضرر
به الاعلى او يعتق الاسفل عبدا على ظن ان عقل عبده على المولى الاعلى فيجب عليه
وحده فيتضرر به الاسفل فلا يصح القول الفسخ قولا الا بحضر الآخر دفعا
للضرر كما في الوكالة بخلاف ما اذا فسخه ضمنا لا قصدا واليه اشار بقوله
وفعلا مع غيبته اى يفسخه فعلا مع غيبة الآخر وذلك بان ينقل المولى الاسفل
الولاء عنه اى عن المولى الاعلى الى غيره اى الى غير المولى الاعلى وذلك بان يوالى
غير الاول فانه ينفسخ العقد الاول في ضمن العقد مع الثاني بلا فسخ منه
لانه فسخ حكمى لا قصدى فلا يشترط فيه حضور الآخر كما اشترط في الفسخ
بالقول لانه فسخ قصدى لا بد له من علم الآخر وبعد ان تصدر به عقل المولى
الاعلى عنه اى جناية الاسفل او عن جناية ولده لا يفسخه هو اى الاسفل
ولا ولده يحتمل صورا اربعا تامل وهذا لانه اذا عقل منه او عن ولده تأكيد
العقد بتعلق حق الغير به واتصال القضاء به فلا يفسخ ولانه لما عقل عنه صار
كالعوض المقبوض كما في الهبة فلا يفسخ وللاعلى ايضا اى كالاسفل ان يبرأ
عن ولائه بحضره اى بحضر الاسفل لعدم لزوم تضرر الاسفل به كما تقدم آنفا
ولو اسلمت هذا القيد اخرج مخرج الغالب وليس بشرط على ما ذكرناه من قبل
امرأة ووالت رجلا اى عقد عقد الموالات معه بشروطه المتقدمة او اقرت
بالولاء اى ولاء الموالات فولدت في الصورتين مجهول النسب اى لا يعرف
له اب او كان معها اى في الصورتين ولد صغير كذلك اى لا يعرف له اب
يتبعها فيه اى صح عقدها بالموالات وكذلك اقرارها ويتبعها ولدها المولود
وولدها الصغير ويصير ان مولى فلان وهذا عند ابى حنيفة خلافا لهما حيث قالا
يتبعها ولدها في الصورتين لان الام لا ولاية لها على ماله فعلى نفسه اولى
ولابى حنيفة ان الولاء كالنسب وهو نفع محض في حق الصغير الذى لم يكن له اب
فتملكه الام كقبول الهبة للصغير قال في الدرر نقلا عن المحيط والى ذمى مسلما
او ذميا جاز وهو مولاه لانه يجوز ان يكون للذمى على المسلم ولاء العتاقة فكذلك

ولاء الموالات وان اسلم على يدى حربى ووالاه هل يصح لم يذكر في الكتاب وفيه
خلاف قيل يصح لانه يجوز ان يكون للحربى ولاء العتاقة على المسلم فكذا ولاء الموالات
كما في الذمى وقيل لا يصح لان في عقد الموالات مع الحربى تناصر الحربى وموالاته
وقد نهينا عنه بخلاف الذمى واستشكل عليه بان الارث لازم للولاء وقد
تقرر ان اختلاف الدينين مانع من الارث كاختلاف الدارين اللهم الا ان
يقال معناه ان سبب الارث ثبت في ذلك الوقت ولكن لا يظهر الارث
ما دام ما عليها لها فاذا زال المانع يعود الممنوع كما ان العصبة او صاحب الفرض
مانع من الارث فاذا زال قبل الموت يعود الممنوع قلت هذا من قبيل تخصيص العلة
والتخلص معروف **كتاب الاكراه** هو في اللغة عبارة عن حمل الانسان
على شئ يكرهه يقال اكرهت فلانا اى حملته على امر يكرهه وفي الاصطلاح
ما ذكره بقوله فعل يوقعه الانسان بغيره متعلق بيوقعه يفوت صفة فعل
وهو من الثلاثى به اى بذلك الفعل رضاه اى رضا الغير او يفسد اختياره
اعلم ان الاكراه على نوعين ملجئ وغير ملجئ فالملجئ هو الكامل وهو ان يكرهه
بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه فانه يعدم الرضاء ويوجب
الالجاء ويفسد الاختيار وغير الملجئ قاصر وهو ان يكرهه بما لا يخاف على نفسه
ولا على تلف عضو من اعضائه كالاكراه بالضرب الشديد او الحبس فانه يعدم
الرضاء ولا يوجب الالجاء ولا يفسد الاختيار والنوع الثانى لا يؤثر الا في تصرف
يحتاج فيه الى الرضاء كما في البيع والاجارة والاقرار الا ترى ان الهزل يؤثر
في هذه التصرفات لعدم الرضاء حتى لا ينفذ معه فكذا مع الاكراه لعدم
الرضاء به ايضا والنوع الاول يؤثر في الكل فيضاف فعله الى المكره كانه
فعله بنفسه والمكره انما هو الة له فيما يصلح ان يكون الة له كاتلاف النفس
والمال وان لم يصلح ان يكون الة له اقتصر الفعل على المكره ولا يتجاوز الى المكره
لعدم كونه الة له فيكون هو كانه فعله بنفسه باختياره من غير اكراه لحمل
وذلك مثل الاقوال والاكل والشرب فان الانسان لا يتكلم بلسان غيره ولا ياكل
ولا يشرب بفم غيره فلا يكون مضافا الى غير المتكلم والاكل والشارب ولكنه

اذا كان فيه اتلاف شئ فيضاف اليه من حيث الاتلاف لصلاحية الالة له في الاتلاف
وان لم يصلح الة له في التلفظ والاكل والشرب فيرجع المكره على المكره بقيمة
التلف كما اذا اكره على العتق وتكلم بكلمة العتق يقع العتق كانه اوقعه باختياره
حتى يكون الولاء له ويضاف الى المكره من حيث الاتلاف فيرجع عليه بقيمته
هكذا ذكر في كتب الاصول والفروع فظهر منه ان عدم الرضاء معتبر في
جميع صور الاكراه واصل الاختيار ثابت في جميع صوره لكن في بعض
الصور يفسد الاختيار وفي بعضها لا يفسد فعلم منه ان قول المصنف يفوت
به رضاه او يفسد اختياره ليس على ما ينبغى وهكذا وقع في الهداية والوقاية
ايضا لانه من قبيل جعل قسم الشئ قسيما له لان ما يعدم الرضاء على قسمين قسم
يفسد اختياره ولا يعدمه وقسم لا يفسد مع بقاء اهليته فيه اشارة الى ان
المكره لم يسقط عنه الخطاب لان الخطاب بالاهلية واذا كانت الاهلية ثابتة
كان المكره مخاطبا وانما بقيت الاهلية لان المكره مبتلى والابتلاء لا ينافي الاهلية
والخطاب الثابتين بل يحققهما وشرطه اى شرط الاكراه اربعة امور الاول
قدرة المكره على صيغة اسم الفاعل على ايقاع ما هدد به سلطانا كان او لصا
لم يفرق بين حصوله من السلطان واللص كما هو مذهب ابى يوسف ومحمد لان
تحقق الكره يتوقف على خوف المكره وقوع ما توعده ولا يخاف ذلك الا اذا كان
المكره قادرا على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة عليه سيان
والذى قاله ابو ح من ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان فقد قالوا ان هذا
اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان مناط الحكم القدرة على
ايقاع ما هدد به ولم يكن تلك القدرة في زمن ابى ح الا للسلطان ثم بعد ذلك
تغير اهل الزمان في زمانهما فقد تحقق تلك القدرة في كل من المتغلبة فقالا
يتحقق الاكراه من السلطان وغيره وعليه الفتوى كما في قاضيخان والخلاصة
ومجرد الامر من السلطان هل يكون اكراها ففي قاضيخان ان مجرد الامر من
السلطان من غير تهديد يكون اكراها وعندهما ان كان المامور يعلم انه لو لم يفعل
ما امره به يفعل به ما يفعل السلطان كان امره اكراها قال في الثانى والتبيين

من العمادية نقلا عن الذخيرة رجل ادعى على رجل انه امر فلان فاخذ منه كذا من
المال فان كان المدعى عليه الامر سلطانا فالدعوى عليه مسموعة وان كان
غير سلطان فلا لان امر السلطان اكراه لان المامور يعلم انه لو لم يمتثل امره
يعاقب وهذا عادة السلطان ولو هدده السلطان بالعقوبة على ان ياخذ
مال الغير او يتلفه ففعل كان الضمان على السلطان دون المامور فكذا اذا امره
بذلك ولم يهدده واذا كان الضمان على السلطان كانت الدعوى عليه صحيحة
واما امر غير السلطان فليس باكراه لانه لا يعاقب المامور لو لم يمتثله فكان
مجردا وانه لم يصلح مجنح الامر وبقي الفعل مقصورا على المامور فكان الضمان عليه
قال وان ادعى الضمان على المامور بان ادعى على رجل ان فلانا امرك فاخذت من
مالي كذا وكذا فان كان الامر ذا سلطان فالدعوى على المامور لا يصح وان لم يكن
ذا سلطان فدعوى الضمان عليه صحيح لما قلنا انتهى والشرط الثاني ما ذكره بقوله
وخوف المكره على صيغة اسم مفعول وقوع ذلك الفعل وذلك بان غلب
على ظنه انه يفعله والشرط الثالث قوله وكونه اي المكره اسم مفعول ممتنعا
قبله اي قبل الاكراه عن فعل ما اكره عليه لحقه اللام متعلق بممتنعا كالاكراه
ببيع ماله او اتلافه او اعتاق عبده او لحق شخص اخر كاتلاف مال الغير او لحق
الشرع كشرب الخمر والزنا ونحوهما واشار الى الشرط الرابع بقوله وكون المكره به
متلفا نفسا او عضوا كالقتل والقطع او موجبا غما بالمعجمة يعدم من الاعدام
الرضاء كالضرب الشديد والحبس المديد فاذا وجد الاكراه من اهله في محله
مجتمعا بهذه الشرائط الاربعة فتصرف المكره نوعان احدهما لا يصح تصرفه
والثاني يصح فذكر النوع الاول والحق ببعض ما يتعلق به ثم ذكر النوع الثاني بقوله
وان اكره على طلاق او عتاق الخ فالنوع الاول وهو ما اشار اليه بقوله فلو اكره
على بيع او شراء او اجارة او اقرار اي لاخر بالف درهم مثلا بقتل متعلق باكراه
ولم يذكر القطع لانه في حكم القتل او ضرب شديد او حبس مديد خير المكره
بين الفسخ والامضاء لان الاكراه يعدم الرضاء والرضاء شرط في هذه التصرفات
فلا يصح بدونه فاذا لم يصح كان مخيرا بين الفسخ والامضاء بالاجازة ولان الاقرار

انما

انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جانب الصدق وعند عدم الرضاء بالاكراه يترجح
جانب الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة ويملكه المشتري ملكا فاسدا ان قبضه
كما في سائر البيوع الفاسدة فان المشتري يملك المبيع في البيوع الفاسدة بالقبض
ملكا فاسدا كما تقدم في البيع وفيه خلاف زفر وكذا يملكه المشتري لو تصرف
فيه تصرفا لا يحتمل النقض قبل القبض كالاعتاق واليه اشار بقوله فلو اعتق
اي لو اعتق المشتري العبد الذي اشتراه بالكره صح اعتاقه لعدم احتماله النقض
ولزمه قيمته سواء اجاز البايع او لم يجز لان اجازته بعد اعتاق المشتري لا يقع
عليها في قاضيخان فلزمه قيمته في الصورتين ثم قال في قاضيخان ولو اكره
على الشراء والقبض ودفع الثمن والبايع غير مكره فلما اشترى المكره العبد
وقبضه اعتقه او دبره او كان المبيع امة فوطئها او قبلها بشهوة كان اجازة
للشراء ولو ان المشتري اشترى ولم يقبض حتى اعتقه البايع نفذ عتقه وبطل
البيع وان اعتقه المشتري قبل القبض نفذ اعتاقه استحسانا ولو اعتقاه معا
قبل القبض فاعتاق البايع اولى ولو كان البايع مكرها والمشتري غير مكره
لا يصح اعتاق المشتري قبل القبض ويصح بعد القبض وان اجاز البايع بعد
اعتاق المشتري نفذ البيع ولا ينفذ العتق قبل القبض انتهى وانما لزمه قيمته لاتلافه
ما ملكه بالعقد الفاسد كما هو حكم المتلف بالعقد الفاسد وقبض الثمن
وتسليم المبيع طوعا قيد لكل من القبض والتسليم اجازة للبيع لا فعلهما اي قبض
الثمن وتسليم المبيع كرها لو باع مكرها وقبض الثمن من المشتري طوعا او سلم
المبيع الى المشتري طوعا كان كل من قبض الثمن وتسليم المبيع طوعا اجازة للبيع
فينفذ بخلاف ما اذا قبض الثمن كرها او سلم المبيع كرها بعد ان باع كرها فانه
ليس باجازة للبيع بل يكون فاسدا ويملكه المشتري ملكا فاسدا بعد القبض
لا قبله كما ذكر ولا دفع الهبة طوعا بعد ما اكره عليها يعني لو اكره على الهبة
فوهبه مكرها وسلمه طوعا يكون الهبة باطلة وليس تسليمه طوعا اجازة وكذا لو
تصدق مكرها وسلم طوعا فالصدقة باطلة عليهما في قاضيخان وان هلك
المبيع في يد مشتر غير مكره لزمه قيمته لما تقدم انه مقبوض بحكم بيع فاسد

فيكون مضمونا عليه بالقيمة وللبايع المكره اسم مفعول تضمين ان شاء من المكره
اسم فاعل والمشتري لان كل واحد منهما احدث سبب الضمان اما المشتري فلانه
اتلف ما قبضه بحكم العقد الفاسد واما المكره فلانه ازال يد المالك عن ملكه
بغير اذنه فصار غاصبا فيضمن لان المكره في حق التسليم جعل الله له فصار
فعله كفعله فان ضمن المكره رجع المكره على المشتري بقيمته لانه باداء
الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا له من وقت وجود
السبب بالاستناد وان ضمن المشتري لا يرجع على المكره لانه ثبت ملك المشتري
فيه كغاصب لا يرجع على الغاصب اذا ضمن قيمة المغصوب لانه ملكه بالضمان
واليه اشار بقوله وان ضمن المشتري بعد ما تداولته البياعات بان باعه
المشتري من اخر وباع الاخر من اخر وهكذا ثم ضمن المشتري الاول نفذ كل
شراء وقع بعد شرائه لا وقع قبله يعني لو باع مكرها من غير مكره ثم باع ذلك
المشتري من اخر وباع الاخر وهكذا فللبايع تضمين من شاء من المشترين
الاول ونفذ كل الشراء وان ضمن المشتري الثاني او الثالث او الرابع وهكذا
نفذ كل شراء وقع بعد شراء هذا المشتري لا ما وقع قبله لان المشتري ملكه
بالضمان من وقت قبضه بطريق الاستناد لا قبل قبضه وان اجاز المالك وهو
البايع عقدا منها اي من تلك البياعات جاز ما قبله ايضا اي كما جاز ما بعده
لان باجازة المالك زال المانع وهو حقه وقد اسقط بالاجازة فيعود الكل
جائزا بخلاف ما اذا اجاز المالك احد بيع من بيوع الفضولي فانه لا يجوز الا
بيع من اجازه المالك دون غيره مما قبله وما بعده لان كل واحد من الفضولي
باع ملك غيره فلا يفيد البيع ملكا للمشتري منه فعند اجازة المالك يملك
من اجيز لعقده ويبطل البقية لورود ملك بات على ملك موقوف لان ملكهم
قبل الاجازة موقوف وبعده صار باتا والموقوف يبطل عند ورود البات
وفيما نحن فيه بيع كل منهم ملكه لان بيع المكره يفيد الملك بالقبض كما تقدم والمانع
من نفوذه زال بالاجازة فنفذ الكل وله اي للبايع وهو المالك المكره على
البيع استرداده اي رد الثمن الذي قبضه مكرها اذا فسخ البيع لو كان الثمن باقيا

في

في يده وان هلك لا يضمن لان الثمن كان امانة عنده لانه اخذه باذن المشتري
والقبض اذ كان المالك فانما يجب الضمان اذا قبضه للتملك وهو لم يقبضه للتملك
لانه مكره على قبضه بخلاف المشتري الغير المكره فانه يضمن قيمة المبيع اذا هلك
لانه قبضه بغير اذن البايع وقد قبضه للتملك بخلاف ما لو كان المشتري
مكرها دون البايع فهلك المبيع عند المشتري بغير تعد فانه لا يضمن لانه امانة
عنده كذا في قاضيخان وهل للمشتري الغير المكره حق الفسخ مثل البايع ففي
قاضيخان ولو كان البايع مكرها والمشتري غير مكره فقال المشتري بعد القبض
نقضت البيع لا يصح نقضه وان نقض قبل القبض صح نقضه ولو كان المشتري
مكرها دون البايع فلكل واحد منهما حق الفسخ قبل القبض واما بعد القبض فيكون
حق الفسخ الى المشتري دون البايع وضرب سوط وحبس يوم ليس باكراه الا
فيمن يتضرر به لكونه ذا منصب اي عز ومرتبة فان الشرفاء والاجلة من العلما
والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد اكثر مما يستنكف
غيره من ضرب سياط وحبس ايام ولهذا قال محمد ليس في ذلك تقدير
لازم بل ذلك على حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلي به وان اكره على اكل
ميتة او دم او لحم خنزير او شرب خمر لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد
المالية شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى وذكر فيه
الاكراه الملجئ وهو الذي يخاف فيه تلف النفس او العضو وغير الملجئ وهو الاكراه
بالضرب والحبس والقيد والاول معتبر شرعا في الفعل والقول والثاني
غير معتبر في الفعل ولا في القول الذي يستوي فيه الجد والهزل
ومعتبر في القول الذي لا يستوي فيه الجد والهزل على ما سيظهر لك فعلى
هذا يصير مسئلة هذا الفصل على اربعة انواع الاول ما اشار اليه بقوله وان
اكره على اكل ميتة الخ بضرب او حبس او قيد لا يحل التناول لان تناول هذه المحرمات
انما يباح عند الضرورة كما في حالة المخمصة فانه يحل التناول لقيام المرخص عن
خوف التلف ولا ضرورة عند عدم الخوف فلا يحل حتى لو خاف التلف من الضرب
وغلب على ظنه ابيح له ذلك وان اكره على الاشياء المذكورة بقتل نفسه او قطع

عضو من اعضائه من اليد والرجل والاصابع او الاذن والانف لانا قيدنا القتل
بنفسه والقطع باعضائه لانه لو اكره على فعل الاشياء المذكورة بقتل رجل اخر
او بقطع عضو اخر لا يحل له فعل هذه الاشياء وانما يحل له ذلك اذا اكره بقتل
نفسه او قطع عضوه على ما صرح به في القسم الرابع من مسائل هذا الفصل
من قاضيخان حيث قال فيه ولو قيل له لتشربن هذا الخمر او لتاكلن هذه الميتة
والا لاقتلن اباك او ابنك لا يسعه ان ياكل او يشرب ولو شرب مع ذلك لا يجد
حد لوجود الضرورة المرخصة اعني خوف التلف على نفسه او على عضوه لان
الضرورات مستثناة في احكام الشرع ويأثم بصبره على التلف ان علم
الاباحة لانه لما ابيح من حيث ان حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل يعود
الى البدن او العقل او العرض وحفظ ذلك مع فوات النفس غير ممكن كان
بالامتناع عن الاقدام معاونا لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة
المخمصة فانه اذا كان بحيث يموت جوعا وعنده لحم ميتة او خنزير او يموت عطشا
وعنده خمر حل له التناول ويأثم بصبره ان علم الاباحة والا لا يأثم وعن
ابي يوسف انه لا يأثم لان الاقدام على ذلك رخصة اذ الحرمة بصفة انها ميتة
او خمر وهي قائمة فاذا امتنع كان اخذا بالعزيمة فلا يأثم قلنا لا نسلم ان الحرمة قائمة
لان الله تعالى قد استثنى حالة الاضطرار فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم
الا ما اضطررتم اليه والاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان لبيان ان
المستثنى لم يدخل في صدر الكلام فلا محرم ح فكان اباحة لا رخصة فامتناعه
من التناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلف نفسه او عضوه
فكان اثما لكنه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف
الحرمة خفاء لانه امر يختص بمعرفته الفقهاء فتعذر اوساط الناس بالجهل فيه
كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب واشار الى النوع الثاني
بقوله وان اكره على الكفر او سب النبي عم بقتل اي نفسه او قطع عضو من
اعضائه قيدناها بذلك لما ذكرناه من قبل بعينه وبه صرح في قاضيخان
ايضا رخص له اظهاره وقلبه مطمئن بالايمان لقول النبي عم لعمار بن ياسر حين

ابتلي به كيف وجدت قلبك فقال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد وفيه نزل
قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولان الركن الاصلي للايمان
هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان
التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان ما لحق فيه
فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله تعالى توهما فيسعه الميل الى احياء حقه
ولو اكره الكافر على الاسلام فلم يسلم صح اسلامه على ما صرح به في قاضيخان
والخلاصة حيث قالا اكره على الاسلام فاسلم صح ولكن لو ارتد يحبس ولا يقتل
استحسانا هكذا ذكروه على الاطلاق لكن قيد الكافر في كتاب احكام المرتد
من التاتارخانية بالحربي حيث قال فيه ان اسلام المكره اسلام عندنا اذا
كان حربيا وان كان ذميا لا يكون اسلاما انتهى بعبارته وقد صرح في الاجناس
بصحة اسلام الذمي المكره كاسلام الحربي فتعارضت عبارتهم في صحة اسلام
الذمي المكره لا يصح على اصل الشافعي ولم يتعرضوا صحته وعدمه على اصل
اصحابنا والذي يقتضيه النظر صحة اسلامه فتامل ويوجر بالصبر على التلف
لان النبي عم سمى مثله شهيد الشهداء وقال ايضا هو رفيقي في الجنة ولان حرمة
الكفر باقية لتناهي قبحه وبقاؤها يوجب الامتناع فكان الامتناع عزيمة
لاعزاز الدين بخلاف ما تقدم من اكل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة هناك
لم تكن باقية للاستثناء كما تقدم واعترض عليه بان اجراء كلمة الكفر ايضا
مستثنى بقوله الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد
ايمانه فينبغي ان يكون مباحا كاكل الميتة وشرب الخمر واجيب بان في الاية
تقديما وتاخيرا تقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم
غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى
ما اباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب
وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة
عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان
السبب موجود والحكم متاخر فجاز ان يكون منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب

وهو الحرمة فلم يثبت اباحة لاجراء كلمة الكفر ولا رخصة لاجراء كلمة الكفر بغيرها
اي بغير القتل والقطع من الضرب والحبس والقيد لانه فوق اكل الميتة والدم في
القبح فما لم يكن مرخصا فيها ففي اجراء كلمة الكفر اولى قال في قاضيخان واذا اكره
بوعيد حبس او ضرب لا يخاف منه تلف عضو على ان يكفر بالله فتلفظ بالكفر
يصير كافرا وتبين امراته منه فان قال كان قلبي مطمئنا بالايمان لا يصدق واذا
اكره على الكفر فقال كفرت بالله فقال نويت به الخبر عن كفر سابق في الماضي
كذبا تبين امراته منه في القضاء ولو قال كفرت بالله ولم يرد به الخبر على
الماضي وانما قصد تحقيق الكفر تبين منه امراته قضاء وديانة ويصير كافرا لانه
يقدر على الخلاص عن الاكراه باجراء كلمة الكفر من غير تحقيق الكفر ولو قال
كفرت بالله وقلبه مطمئن بالايمان لا تبين امراته ولو اكره على سب محمد عم فسب
محمدا وخطر بباله محمد آخر ونواه بانت منه امراته قضاء وان لم يرد محمدا آخر
تبين امراته قضاء وديانة وان لم يخطر بباله غير النبي وسب محمدا وقلبه مطمئن
بالايمان لا تبين امراته لانه مكره والاكراه في هذه المسائل بوعيد الحبس والقيد
لا يكون اكراها انتهى واشار الى النوع الثالث بقوله وان اكره على اتلاف مال مسلم
باحدهما اي بالقتل او القطع رخص له لان مال الغير قد يستباح للضرورة كما
في حالة المخمصة وقد تحققت الضرورة هنا لانه اكره به بالقتل او القطع وغلب
على ظنه ذلك وان صبر وقتل كان افضل لان اتلاف مال الغير حرام في نفسه
لبقاء دليله فاذا صبر وقتل فقد بذل نفسه لدفع الحرام كذا في شرح المجمع ولكن
الظاهر من قاضيخان استواء الطرفين حيث قال الاقدام على الاتلاف والامتناع
عنه سواء والضمان على المكره على صيغة اسم الفاعل لان المكره اسم مفعول آلة للمكره
فيما يصلح آلة له واتلاف المال من هذا القبيل لان المكره يمكنه ان يأخذ المكره ويلقيه
على المال فيتلفه بخلاف الاكل والتكلم والوطء فان المكره لا يصلح آلة للمكره في
هذه الاشياء فان الشخص لا يتكلم بلسان الغير ولا ياكل بفم الغير ولا يطأ بآلة
الغير فالعهدة على الآكل والمتكلم والواطئ لا على المكره فيها واشار الى النوع الرابع
بقوله او على قتله او قطع عضوه اي قتل مسلم او قطع عضوه لا يرخص له ذلك

حتى لو صبر فقتل يكون ماجورا وان قتله او قطعه يكون اثما لان قتل المسلم بغير حق
مما لا يباح بحال لضرورة ما فكذا بالاكراه ومن هذا القبيل انه لو اكره على الزنا
او اللواطة لا يسعه ان يفعله وان صبر وقتل كان ماجورا وان فعل كان
اثما بخلاف جانب المرادة فانها لو اكرهت على الزنا بالقتل او القطع وفعلت ذلك
لا تأثم اذ ليس فيها اضاعة الولد كذا في الزيلعي فان فعل اي قتل مسلما او قطع
عضوه فالقصاص على المكره اسم فاعل فقط عند ابح ومحمد وعند ابي يوسف
لا قصاص على احد وقال الشافعي يجب القصاص على المكره والمكره جميعا وقال زفر
لا يجب القصاص على المكره لا على المكره على عكس قول ابح ومحمد ولزفر ان الفعل
من المكره حقيقة لصدوره منه بغير واسطة وحسا فانه معاين مشاهد
وكذا شرعا لانه فرض عليه حكمه وهو الاثم فايجاب القصاص على غيره غير معقول
وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فايجاب
القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع فلم يكن مفروضا عليه شرعا فجاز اضافته
الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا متمسكا
بوجود التسبب الى القتل منه وللتسبيب في القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهد
على رجل بالقتل العمد فاقتص المشهود عليه ثم جاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل
الشاهدان عنده للتسبيب ولابي يوسف ان القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار
عليه والتعدي الى غيره نظرا الى دليل زفر وابح ومحمد على ما سياتي دليلهما لان
تاثيم الشارع يدل على تقرر الحكم وتقصيره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل
على انه كالآلة والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك شبهة والقصاص
يندفع بها ولهما ان فعل المكره محمول على القتل بطبعه ايثارا لحيوته والمحمول على الفعل
بالطبع آلة لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القتل عند الاستعمال
في محله فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه المكره عليه
والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان قيل لو كان آلة لاضيف الاثم الى
المكره كالقتل اجيب بانه لا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل في حق
الاثم مقصورا عليه كما نقول في الاكراه على الاعتاق بان اعتاقه ينتقل الى

المكره من حيث اتلاف مالية العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد ويقتصر من حيث التكلم
عليه فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم ايضا لم يعتق العبد واذا ظهر ان المكره آلة
للمكره في القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا اصابته مخمصة فقتل انسانا
واكل لحمه حتى بقي هو حيا ايثارا للحيوة بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان
مضطرا ايضا كالمكره لانه ليس ثمه من يكون آلة له فيضاف القتل الى نفسه واعلم
ان صاحب النهاية قال سواء كان هذا المكره الآمر بالغا عاقلا او معتوها او صبيا
فالقود على الآمر وعزاه الى المبسوط وقال في العناية نقلا عن عبد العزيز انه
سهو والرواية في المبسوط بفتح الراء في المكره دون كسرها لان الصبي والمجنون
ليس باهل لوجوب القصاص عليه ثم اعلم ان ابا يوسف يقول ان هذا الاكراه صحيح
ليس بباطل كما هو كذلك عند زفر ولكنه يسقط القصاص عنهما لما ذكرناه ويجب
على الآمر المكره دية المقتول في ماله في ثلث سنين اذ لم يأذن في قطعه
فان اذن ومات في الاذن لم يجب ديته على احد ولو كان المقطوع مكرها في
الاذن ايضا لا يسقط الدية ثم هذا كله في الاكراه الملجئ واما لو اكره بوعيد
حبس او قيد او ضرب فقتله لا يصح الاكراه في قولهم جميعا ويجب على القاتل
القصاص بالاتفاق كذا في قاضيخان ثم قال فيه ايضا السلطان اذا قال لرجل
اقطع يد فلان هذا والا قتلناك وسعه ان يقطع واذا قطع كان على الآمر
القصاص في قول ابي حنيفة ومحمد ولا رواية فيها عن ابي يوسف وهذا يخالف ما
ذكره المصنف بقوله او قطع عضو لا يرخص وفي الحاوي ولو كان القاتل ذا رحم
محرم من المقتول لم يحرم ميراث ولو اكره على ان يتردى اي على ان يلقي نفسه
من جبل عن نفع ففعل المكره بان القى نفسه فديته على عاقلة المكره اسم فاعل عند
ابي حنيفة لانه بمنزلة القتل بالمثقل وفيه كان يجب الدية على العاقلة عنده فكذا هذا
وعند ابي يوسف يجب الدية في ماله اي في مال المكره الآمر في رواية وعند
محمد يجب عليه القصاص اي على الآمر وهو رواية عن ابي يوسف ايضا تفصيل هذه
المسئلة على ما في قاضيخان لو قال السلطان لرجل الق نفسك في هذه النار
والا قتلناك ينظر ان كانت النار قد ينجو منها وقد لا ينجو وسعه ان يلقي نفسه

فيها فان القى ومات كان على الآمر القصاص في قول ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف فيه
روايتان في رواية يجب القصاص وفي رواية يجب الدية في ماله وان كانت
بحيث لا ينجو منها لكن له في الالقاء قليل راحة كان له ان يلقي فيها فان القى
نفسه فيها فهلك كان على الآمر القصاص في قول ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف
فيه روايتان في رواية يجب القصاص وفي رواية يجب الدية في ماله
وان كانت بحيث لا ينجو منها لكن له في الالقاء قليل راحة كان له ان يلقي فيها
فان القى نفسه فيها فهلك كان على الآمر القصاص في قول ابي حنيفة ومحمد وفي قول
ابي يوسف يجب الدية في مال الآمر لا القصاص ولا يغسل هذا الميت وان لم يكن
له في القاء النفس قليل راحة ولا ينجو منها لا يسعه ان يلقي نفسه فان القى
فهلك يهدر دمه في قولهم جميعا ولو قال السلطان لرجل لتلقين نفسك من
شاهق الجبل والا قتلناك فان لم يكن له في الالقاء ادنى راحة لا يسعه
الالقاء فان هلك يهدر دمه وان كان له فيه ادنى راحة وسعه ان يلقي
نفسه في قياس قول ابي حنيفة فان القى نفسه فهلك فديته على عاقلة الآمر وفي
قول صاحبيه ليسعه ان يلقي نفسه فان فعل وهلك كان على الآمر القصاص
وهي فرع مسئلة القتل بالمثقل عند ابي حنيفة وذلك لا يوجب القصاص وعندهما
يوجب القصاص وفعل المأمور كفعل الآمر ولو القى الآمر لا يجب القصاص عند
ابي حنيفة بل يجب الدية وعندهما يجب القصاص وعن ابي يوسف في رواية اخرى
على الآمر ديته في ماله وان كان يخاف منه الهلاك ويرجى النجاة فالقى نفسه
فهلك كانت الدية على عاقلة الآمر في قولهم لانه كقاتل الخطاء ولو قال السلطان
لرجل الق نفسك في هذا الماء والا لا قتلناك ان كان يعلم انه لا ينجو لا يسعه
ان يفعل وان فعل يهدر دمه وان كان له فيه ادنى راحة وسعه ذلك
عند ابي حنيفة وعندهما لا يسعه فان فعل وهلك كانت الدية على عاقلة الآمر
في قول ابي حنيفة كما لو القى الآمر بنفسه وقال ابو يوسف ديته على الآمر في ماله
ولا قصاص فيه وقال محمد عليه القصاص وعن ابي يوسف في رواية مثل
قول محمد انتهى ما في قاضيخان فاحفظه فانه ينفعك فيما ذكره بقوله ولو اكره بقتل

او قطع على نرد من جبل عال او اقتحام نار او ماء اى الالقاء فيها وكل من هذه الافعال
مهلكة فله الخيار في الاقدام والصبر عند ابح وقالا يلزمه الصبر لانه لو القى
نفسه لكان مباشرا في اتلاف نفسه فوجب الصبر ولابح انه ابتلى ببليتين متساويتين
في الافضاء الى الهلاك فيتخير هكذا ذكر في هذه المسئلة في المجمع وعلله في
شرحه بما ذكرناه للطرفين وفيه بحث من وجهين الاول انه مخالف لما ذكرناه
من قاضيخان لان الظاهر منه ان كلا من هذه الافعال اى التردي والاقتحام في
النار او في الماء ان كان مهلكا بان لا يرجى منه الخلاص فالصبر واجب بالاتفاق
ولا خيار له بين الاقدام والصبر نعم لو قال وكل مهلكة لكن له في التردي
والاقتحام ادنى راحة كما في قاضيخان لكان اولى لان هذه الافعال لو كانت
مهلكة بمعنى لا يرجى الخلاص ولا ادنى راحة ليس له الخيار بالاتفاق والثاني انه
يذكر كونه مخيرا بين الاقدام والصبر ثم ذكر الاختلاف المذكور بعده من
وجوب الدية على عاقلة المكره عند ابح وفي مال المكره عند ابي يوسف
ووجوب القصاص عند محمد لان هذا الخلاف جار بينهم في التردي والاقتحام
في النار والماء بعد الاقدام عليه ولو وقعت نار في سفينة ان صبر احترق
وان القى نفسه غرق فله الخيار عند ابح لما ذكرناه في المسئلة الاولى وعند
محمد ومعه ابو يوسف يلزمه الثبات لما ذكرناه ايضا وان اكره لما ذكرنا لا يصح
تصرف المكره فيه اعني البيع والشراء والاجارة والاقرار ونحوها شرع في بيان
ما يصح تصرفه فيه اعني ما ذكره بقوله على طلاق واعتاق او توكيل بهما نفذ عندنا
يعني لو اكره على طلاق امرأته فطلق مكرها يقع طلاقه عندنا وكذا لو اكره على اعتاق
عبده فاعتق مكرها عتق عبده عندنا خلافا للشافعي على ما تقدم دليل الطرفين
في الطلاق والعتاق وكذا لو اكره على التوكيل بطلاق امرأته واعتاق عبده فوكل
مكرها فطلق الوكيل امرأته واعتق عبده نفذ طلاق الوكيل واعتاقه استحسانا
لا قياسا لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه ووجه الاستحسان ان
الاكراه يؤثر في فساد العقد لا في بطلانه فكان كالشرط الفاسد والشروط
الفاسدة لا تؤثر في الوكالة فكذا الاكراه فاذا لم تبطل الوكالة نفذ تصرف

الوكيل

563

الوكيل اما انه كالشرط الفاسد فلانه يعدم الرضاء فيفسد به الاختيار فصار
كانه شرط شرطا فاسدا واما ان الوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة فلانها من
الاسقاطات لان الموكل اسقط حقه بالتفويض والحاصل ان تصرفات
المكره كلها منعقدة عندنا الا ان بعضها منعقدة بوصف الصحة وبعضها منعقدة
بوصف الفساد فما جعل الرضاء فيها شرطا وهي التصرفات المالية من البيع والشراء
والاجارة ونحوها تنعقد بوصف الفساد لان الرضاء شرط الصحة لا شرط
الانعقاد وما لا يكون الرضاء فيه شرطا ينعقد بوصف الجواز كالطلاق والعتاق
والتوكيل بهما وكذا صح نكاحه ايضا قال محمد في الاصل ولو ان رجلا اكره
بوعيد او بحبس او بقيد او بضرب على ان يتزوج امرأة على عشرة الاف
ومهر مثلها الف درهم كان النكاح جائزا ويكون للمرأة من عشرة الاف مهر
مثلها الف درهم ويبطل الفضل وهذا جواب ظاهر الرواية وذكر الشيخ ابو جعفر
الطحاوي في مختصره ان الزوج يلزمه جميع ذلك ويرجع بالفضل على من
اكره اما جواز النكاح اذا كان الاكراه بوعيد تلف فلان النكاح يصح مع الهزل
فكذا مع الاكراه كالطلاق والعتاق عندنا وان كان بقيد او بحبس او ضرب
فلا يكون ذلك اكراها في حق التزوج بل يكون النكاح صحيحا والتسمية فاسدة
فيلزم مهر المثل ولا يرجع الزوج على المكره بشيء لعدم الاكراه منه بخلاف ما لو اكره
على الاقرار بالطلاق او العتاق والنكاح فاقر بذلك مكرها حيث لا يصح اقراره
وكذا لو اكره على ان يزوج ابنته الصغيرة من غير كفؤها او باقل من مهر مثلها
ففعل ذلك مكرها لا ينعقد نكاحه الا ان يبلغ مهر مثلها فح ينقلب صحيحا بخلاف
غير الكفؤ فانه فاسد وان كانت المرأة بالغة فاكرهت هي ووليها على النكاح
ففعلا ان لم يكن الزوج كفؤا كان للمرأة ان ترد وان رضيت المرأة كان للولي ان
يرد وان كان النكاح باقل من مهر مثلها فللمرأة ان ترد في قول ابح خاصة
وعند صاحبيه ليس للولي حق الرد بعدم الكفاءة ليس له الرد بنقصان المهر
كذا في قاضيخان ثم ذكر فيه ايضا اذا اكرهت المرأة لتقبل من زوجها تطليقة
بالف ففعلت يقع طلقة رجعية ولا يلزمها المال كالصغيرة والمجنون اذا اختلعت

من زوجها بمال يقع الطلاق ولا يلزمها المال ثم ينظر ان كان الخلع بلفظ الخلع يكون
الطلاق باينا وان كان بلفظ الطلاق بعد الدخول يكون رجعيا فلو ان المراة اجازت
الطلاق بعد ذلك بالمال الذي اكرهت عليه صح اجازتها على قول ابي ح ويلزمها
المال ويصير الطلاق باينا وفي قول محمد الاجازة باطلة والطلاق رجعي
وعن ابي يوسف فيه روايتان ويرجع المولى المكره بقيمة العبد على المكره اسم فاعل
لان اتلاف المال مضاف اليه سواء كان موسرا او معسرا لان ضمان الاتلاف
لا يختلف باليسار والعسار ثم لا يرجع هو على العبد بما ضمنه لانه هو المواخذ
باتلافه وكذا اي يرجع الزوج بنصف المهر على المكره لو كان الطلاق قبل الدخول
ولا رجوع عليه لو كان الطلاق بعد الدخول اعلم ان المكره على الطلاق اذا طلق
زوجته فلا يخلو اما ان طلقها قبل الدخول والمهر مسمى او غير مسمى او بعد الدخول
فان كان قبل الدخول والمهر مسمى وجب على الزوج نصف المهر لان الطلاق قبل
الدخول يوجب سقوط نصف المهر ويرجع الزوج بذلك على المكره لانه كذا ما
كان على شرف السقوط بسبب الفرقة من جانب المراة بتقبيلها ابن الزوج عن
شهوة او ارتدادها قبل الدخول فصار كان المكره اكل مال اخذ من مال المكره بحول
ذلك المقدر واتلفه واما اذا كان الطلاق قبل الدخول والمهر غير مسمى وجب
على الزوج المتعة لان المتعة هي الواجبة بالنص في هذه الصور ويرجع الزوج
بما ضمن من المتعة على المكره واما اذا كان الطلاق بعد الدخول فلا يرجع الزوج
على المكره بشيء لان المهر اكد بالدخول على وجه لا يسقط عنه بوجه ولم يوجب المكره
عليه شيئا وانما تلف ملك النكاح وملك النكاح عند الخروج عن ملك الزوج ليس
بمال فلا رجوع ثم اعلم ان رجوع المكره على المكره وعدم رجوعه عليه بما لزمه
من العهدة نذكرها مختصرا على ما في قاضيخان حيث قال فيه واذا الزم المكره
بمباشرة ما اكره عليه هل يرجع بذلك على المكره فهذا على نوعين في نوع يرجع
عليه وفي نوع لا يرجع اما الاول اذا اكره بطلاق امراته قبل الدخول بها فطلق
يقع الطلاق ويرجع بنصف المهر على المكره ان كان المهر مسمى والا يرجع بالمتعة
وكذا لو اكره ليقر لفلان بمال فاقر واخذ فلان منه المال فغاب المقر له بحيث

لايقدر

لا يقدر عليه او مات مفلسا كان للمكره ان يرجع بذلك على المكره وكذا لو اكره ليقطع
يد نفسه بقتل او قطع عضو ففعل كان للمكره ان يرجع على المكره بالدية فيما لا يجب
فيه القصاص وبالقصاص فيما يجب فيه القصاص وكذا لو اكره على قتل عبده بقتل
او غيره ففعل كان له ان يرجع على المكره بقيمة العبد ولا يرجع بذلك على
العبد ولا سعاية على العبد اصلا وكذا لو اكره الرجل ان يهب عبده لفلان فوهب
وسلم وغاب الموهوب له كان للواهب ان يرجع على المكره بقيمة العبد وكذلك
في الصدقة والبيع واذا اكره على تدبير عبده ففعل صح التدبير ويرجع بنقصان
التدبير على المكره في الحال واذا مات المولى يعتق المدبر ويرجع ورثة المولى
بثلثي قيمته مدبرا على المكره ايضا واما الثاني احدهما لا يرجع المكره فيه بما غرم فكما
اذا اكره على التزوج فتزوج ودخل بها يجب المهر على الزوج ولا يرجع به على المكره
ثم طلق هذا الرجل امراته يجب المهر عليه ايضا ولا يرجع به على المكره واذا اكره
على بيع سلعة فباع بمثل قيمته لا يرجع به على المكره وكذا لو اكره على الهبة بعوض
ففعل لا يرجع بعد قبض العوض الى اخر ما ذكره في قاضيخان وصح يمين المكره
لانه لا يحتمل الفسخ فيستوي فيه الجد والهزل والكره سواء كان اليمين على الطاعة
او على المعصية والاصل فيه حديث حذيفة ان المشركين لما اخذوه واستحلفوه
على ان لا ينصر رسول الله في غزوة فحلف مكرها ثم اخبر به رسول الله عم
فقال عم اوف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله تعالى عليهم ونذره اي لو اكره
على ان يوجب على نفسه صدقة او صوما او حجا او شيئا يتقرب به الى الله تعالى
ففعل لزمه ذلك لان النذر لا يحتمل الفسخ كاليمين ويستوي فيه الجد والهزل
والكره فلا يؤثر فيه الاكراه ولا يرجع المكره على المكره بما لزمه اذ لا مطالب
له في الدنيا وظهاره لانه من باب التحريم فاشبه اليمين ولان الظهار في
معنى الطلاق وقد كان طلاقا في الجاهلية فلا يؤثر فيه الاكراه مثل الطلاق
واليمين فصح ظهاره ولا يرجع المكره على المكره بما غرم بسبب ذلك اي الكره وصح
رجعته اي اكره على مراجعة امراته المطلقة بطلاق رجعي فراجعها صح لان
الرجعة تصح مع الهزل فكذا مع الاكراه لان كل ما يصح مع الهزل يصح مع الاكراه ايضا

لعدم شرط الرضاء فيه وصح ايلاؤه وفيئه فيه اى في مدة الايلاء يعني اكره على
الايلاء فآلى صار موليا لان الايلاء يمين في الحال طلاق في المآل والاكراه
لا يمنع تحقق اليمين والطلاق كما تقدم فان تركها اربعة اشهر بانت منه والفيء
فيه كالرجعة في الاستدامة فلا يؤثر فيه الاكراه كما في الرجعة وليس له
ان يرجع على المكره لانه كان متمكنا من الفيء في المدة وليس بمضطر وكذا صح
خلعه لانه طلاق او يمين من جانب الزوج على ما تقدم في الخلع والاكراه
لا يؤثر في كل منهما وصح اسلامه لكن لا قتل فيه لو ارتد يعني اسلم مكرها ثم
ارتد لا يقتل لتمكن الشبهة في اسلامه ولا يصح ابراؤه مديونه او كفيله ولا
صلحه لان في الابراء الصحيح معنى التمليك والتمليك لا يصح مع الاكراه لتوقفه
على الرضاء والاكراه ينافيه ولا ردته لان الكفر يتعلق بالاعتقاد لانه تبديل
الاعتقاد عن الحق الى الباطل فاذا كان قلبه مطمئنا بالايمان حين اجرى الكفر
على لسانه رخص له ذلك ولم يحكم بكفره وان لم يكفر فلا تبين منه اى بالردة
مكرها امرأته لان البينونة دائرة على اختلاف الدين وذلك بتبديل الاعتقاد
ولم يوجد ذلك منه فاذا ادعت المرأة تحقق ما اظهره من الكفر بان قالت اعتقدت
بقلبك الكفر حين اجريت على لسانك كلمة الكفر بالاكراه وادعى الزوج ان قلبه
مطمئن بالايمان صدق الزوج لان الظاهر يشهد له والقول لمن يشهد الظاهر له
وهذا استحسان والقياس ان يكون القول للمرأة لان الكفر سبب البينونة
كالطلاق ففي الطلاق يستوي الطائع والمكره ولو اكره على الزنا ففعل
حد ما لم يكرهه سلطان عند ابي حنيفة لان عنده لا يوجد الاكراه عن غير السلطان
وكان ابو حنيفة اولا قال حد ثم رجع وقال عليه حد الا ان يكرهه السلطان
وعندهما لا حد عليه وبه يفتى بناء على ان الاكراه يوجد عندهما من غير السلطان
ايضا وقد تقدم انهم قالوا ان هذا الاختلاف عصر لا اختلاف برهان **كتاب
الحجر** اورد الحجر عقيب الاكراه لان كلا منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب
اختياره الا ان الاكراه لما كان اقوى تأثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية
كاملة كان احق بالتقديم الحجر في اللغة المنع مطلقا وفي عرف الفقهاء

هو منع نفاذ تصرف قولي عن شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون والحق
بها المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق وسيصرح به في الكتاب
قيده بقوله قولي لان الحجر لا يتصور في الافعال لانه حسي لا يمكن رده بعد
ما وقع حتى اذا اتلف الصبي مالا يجب عليه الضمان وكذا المجنون ولا يمكن الرد عنه
بخلاف القول فان نفوذه حكمي لا حسي فيتصور رده بعد الوقوع فكذا قبل الوقوع
واسبابه الصغر والجنون والرق واعلم ان التصرفات الشرعية على ثلثة انواع
منها ما تردد بين النفع والضر كالبيع والشراء ومنها ما يتمحض ضررا كالطلاق و
العتاق ومنها ما يتمحض نفعا كقبول الهدية والصدقة والهبة فالمعاني الثلثة توجب
الحجر في النوع الاول اي التوقف على الاذن من الولي وتوجب الابطال من الاصل
في النوع الثاني ولا توجب شيئا من الحجر والابطال على ما سيظهر لك فلا يصح
تصرف صبي لعدم عقله او لنقصان عقله واهليته للتصرف انما هي بالعقل الكامل
لكن ينجبر هذا النقصان باذن وليه فيصح تصرفه او عبد لانه وان كان له اهلية
للتصرف بالعقل الكامل والرق ليس بسبب للحجر في الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل
الرأي من بني آدم كالحرائر لكن جعله الشرع سببا للحجر وحجر عليه لرعاية حق المولى
كيلا يتعطل عليه منافع عبده وهو حقه فانه لو لم يثبت الحجر لنفذ بيعه وشراؤه
فيلحقه ديون كثيرة فيأخذ ارباب الديون اكسابه التي هي منفعة المولى وذلك
تعطيلها عنه وكذلك تملك رقبته بتعلق الدين بها ان لم يكن له كسب بلا اذن
ولي والمراد بالولي هنا هو القاضي ومن له ولاية التجارة في مال الصغير كالاب
والجد والوصي فلا يجوز باذن الام والاخ والعم كذا في شرح المجمع او سيد
لان اذن الولي للصغير ينجبر بالاذن نقصان العقل فيلتحق بالبالغ العاقل والمولى
اذا اذن عبده فقد رضي بفوات حقه فيجوز ولا تصرف مجنون المغلوب اي المختلط
عقله بحيث يمنع جريان الافعال والاقوال على نهج العقل الا نادرا فان تصرفه
لا يجوز بحال اي حال اذن الولي او السيد وحال عدمه لعدم اهليته اصلا
بخلاف المجنون الغير المغلوب وهو الذي يعقل البيع ويقصده الا انه ربما يختلف
كلامه ويقل فهمه ولا يضرب ولا يشتم فان تصرفه صحيح بحال اجازة الولي او السيد

ومن عقد منهم اى هؤلاء المحجورين من قبيل ذكر الجمع وارادة التثنية كما فى قوله تعالى
فقد صغت قلوبكما لان المراد به الصبى والعبد لان المجنون المغلوب ولو اريد المجنون
المغلوب معهما لكان الجمع على ظاهره وهو يعقله اى يعقل العقد بان البيع سالب والشراء
جالب ولو عطف على قوله يعقله ويقصده عليها وقع فى الهداية لكان اولى
ليحترز به عن الهازل والخاطى فانهما لا يقصدان العقد وان كانا يعقلانه فوليه
مخير بين ان يجيزه او يفسخه فان راى فيه مصلحة للصبى اجازه والا فسخه وكذا السيد
ان راى فيه مصلحة لنفسه اجازه والا فسخه لان التوقف فى تصرف العبد
كان لحق المولى وفى الصغير لحق الصغير نظر له فكذا المصلحة المرعية كانت بالنسبة
اليها فان قيل التوقف على الاذن مستقيم فى بيعها لما ذكروا لما فى شرائهما
فلا يستقيم لان الاصل فى الشراء ان يوجد نفاذا على المباشر كما فى شراء الفضولى
فان الفضولى اذا اشترى مال انسان لاخر نفذ عليه بلا توقف اجيب بان
عدم التوقف انما يكون اذا وجد على المباشر نفاذا ابتداء كما فى شراء الفضولى
فانه وجد نفاذا عليه لثبوت اهليته وفيما نحن فيه لم يوجد نفاذا على المباشر
اعنى الصبى والعبد المحجورين لعدم الاهلية ومن اتلف منهم شيئا فعليه ضمان لان كلا
من الصغر والرق والجنون لا يوجب الحجر عن الافعال لان الافعال لا مرد لها حتى انه
لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان فى الحال مع انه
لا قصد له فيه وكذا الحائط المائل لو تلف به شئ بعد الاشهاد عليه يضمن صاحبه
وان عدم القصد من صاحبه فى سقوطه فكذلك الصغير والمجنون اذا اتلفا
شيئا لزمهما الضمان فى الحال مع عدم القصد لان الافعال توجد حسا مشاهدة
ويحصل بها الاتلاف وبعد الحصول لا يمكن ان يجعل كلا اتلاف فانعقد الاتلاف
موجبا للضمان وان عدم القصد لانه ليس من شرطه بخلاف الاقوال لان
اعتبارها حال كونها موجودة حاصل بالشرع والقصد من شرط ذلك الاعتبار
وليس للصبى والمجنون قصد فينتفى المشروط به ايضا واما فى العبد فالقصد
وان وجد منه لكنه غير معتبر شرعا للزوم الضرر على المولى بغير اختياره
فان قيل الاقوال موجودة ايضا حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها

موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب عنه بوجهين احدهما ان الاقوال
الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولها بل هى دوال عليها ويمكن تخلف المدلول
عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم فلا بد له من اشتراط القصد
بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن ان يجعل غير موجودة
فلا حاجة الى اشتراط القصد والثانى ان القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع
هزلا فلا بد من القصد حتى يتميز بينها الا ترى ان القول من الحر العاقل البالغ اذا وجد
هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت
حقيقة فلا يمكن تبديلها والحاصل ان الافعال مطلقا لا مرد له ويترتب عليها اثارها
بلا اشتراط قصد فانعقد افعال الصغير والرقيق والمجنون موجبا للضمان وان
لم يكن لهم قصد معتبر الا اذا كان فعل الصبى والمجنون فعلا يتعلق به حكم يندرئ
بالشبهات كالحدود والقصاص حيث يجعل فيه عدم القصد شبهة دارئة
لما يترتب عليه من الحد والقصاص ولذا لم يقتص الصبى والمجنون الا اذا اتلف
الصغير ما استقرضه فانه لا يضمنه على ما صرح فى المجمع نقلا عن الخانية
حيث قال اذا استقرض الصبى مالا فاتلفه لا يؤاخذ به فى الحال ولا بعد البلوغ
لانه ليس من اهل الالتزام ولا يصح طلاق الصبى والمجنون المغلوب عقله ولا اعتاقهما
ولا اقرارهما اى يبطل هذه التصرفات منهما اصلا بخلاف البيع والشراء فانهما
لا يبطلان من الاصل بل يتوقفان عنهما ويتوقف على الاذن كما تقدم والاصل
هنا ما رواه الترمذى مرفوعا عن ابى هريرة كل طلاق واقع الا طلاق الصبى والمعتوه
والاعتاق يتمحض ضررا لا محالة فيبطل منهما والطلاق وان امكن ان يتردد بين
النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبى لا وقوف له على
المصلحة فى الطلاق بحال لا فى الحال لعدم الشهوة ولا فى المال لان
علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه
حد الشهوة ولا علم له بذلك والولى وان امكن ان يقف على المصلحة فى الحال
لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان
على الاجازة ولا ينفذان بمباشرة بخلاف البيع والشراء كما تقدم واقرارها يتمحض

ضررا فلا يصح وصح طلاق العبد واقراره في حق نفسه اما طلاقه فلانه مكلف يتصرف
في خالص حقه وليس فيه ابطال حق المولى فصح كتصرف سائر الاحرار واما اقراره
فلانه اهل له لكونه مكلفا لا في حق سيده لانه اقرار على الغير فلا يصح لان
اقرار الانسان على الغير لا يصح الا اذا كان له ولاية عليه ولا ولاية للعبد على
سيده فلو اقر بمال لزمه بعد عتقه لان المانع من المطالبة في الحال حق
المولى وقد زال بعد عتقه فيؤاخذ به وان اقر على نفسه بحد او قود اي قصاص
لزمه في الحال ولا يتاخر الى ما بعد الموت وقال زفر لا يصح اقراره بهما اذا كان
محجورا عليه لانه لو صح يلزمه منه اتلاف مال المولى فلا يصح كما لو اقر بدين
ولنا ان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الحد والقصاص لانها من خواص
الانسانية وهو ليس بمملوك من حيث انه ادمي وان كان مملوكا من حيث انه مال
ولهذا لا يصح اقرار المولى بهما عليه ولا يملك سفك دمه فاذا بقي على اصل الحرية
فيهما ينفذ اقراره بهما اذ هو حقه وبطلان حق المولى ضمني فان قيل قوله عم
لا يملك العبد شيئا الا الطلاق يقتضي ان لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص قلنا
لما بقي على اصل الحرية في حقها يكون من قبيل اقرار الحر لا من قبيل اقرار العبد
ولا يحجر على السفيه السفه في اللغة خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف
موجب الشرع والعقل مع قيام العقل ثم غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال
واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع واليه اشار بقوله وان وصلية كان
مبذرا اي متلفا ماله لا لغرض او لغرض لا يعده العقلاء من اهل الديانة غرضا
كشراء الحمام الطيار بثمن غال ونحوه ومن بلغ غير رشيد لا يسلم اليه ماله ما
لم يبلغ سنه خمسا وعشرين سنة فاذا بلغها دفع اليه ماله وان وصلية لم يونس
رشده وان تصرف فيه اي في ماله قبل ذلك اي قبل بلوغه الى خمس وعشرين
سنة بعد ان بلغ نفذ تصرفه هذا كله عند ح وعندهما والشافعي معهما يحجر على
السفيه ولا يدفع اليه بعد بلوغه ماله ما لم يونس رشده وان بلغ الى خمس
وعشرين فصاعدا ولا يصح تصرفه فيه واعلم ان الخلاف ههنا في مسئلتين
احديهما في ان السفيه هل يحجر ام لا والثاني في ان الصبي اذا بلغ غير رشيد هل

بسلم

بسلم اليه ماله ام لا يسلم اما الاول فقال ابو ح لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه
وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا يتلف ماله فيما لا مصلحة فيه كالالقاء
في البحر او الاحراق بالنار ونحوهما وقال ابو يوسف ومحمد يحجر على السفيه ويمنع
عن التصرف في ماله في تصرفات تتصل بماله ولا يصح مع الهزل والاكراه
كالبيع والاجارة والهبة والصدقة والاقرار بالمال ولا يحجر في تصرفات
لا تتصل بماله كالاقرار بالحدود والقصاص ولا في تصرفات تتصل بماله لكنها
تصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق فان الحجر لا يوثر في هذه التصرفات
عندهما ايضا وقال الشافعي يحجر عليه نظرا له كالصبي فانه يمنع عن التصرف في
ماله نظرا له فكذا السفيه لانه محل نظر له كالصبي بل هو منه لان الثابت في
حق الصبي احتمال التبذير وفي حق السفيه حقيقة التبذير ويدل عليه انه منع
منه ماله وظاهر ان منع ماله منه لا يفيد بدون الحجر لانه قد يتلف بلسانه
ما منع من يده فلا بد من الحجر عليه حتى يفيد منع ماله منه ولابي ح انه حر
مكلف عاقل مخاطب وكل من هو كذلك لا يحجر عليه كالرشيد كيف وان في
سلب ولايته اهدارا دميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير ولا يتحمل
الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على الطبيب الجاهل
والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع الاعلى باختيار
الادنى بخلاف منع ماله عنه لان منع ماله عنه انما هو بطريق العقوبة عليه
ليكون زجرا له عن التبذير والحجر ابلغ منه في العقوبة لما فيه من سلب ولايته
واهدار ادميته فلا يقاس على منع ماله لانه قياس مع الفارق ولا على الصبي ايضا
لان الصبي عاجز عن النظر لنفسه والسفيه قادر عليه نظر له الشارع مرة
باعطاء الة القدرة وهو العقل والجري بخلافه انما هو بسوء اختياره فكان
قياسا مع الفارق ايضا لانه قياس القادر على العاجز واما منع ماله عنه بدون
الحجر فمفيد لان غالب السفه انما يكون في الهبات والصدقات وذلك
يقف على اليد فاذا لم يكن في يده شيء يمنع عن ذلك وان فعل بدون شيء من
المال في يده لم يعد فكان المنع بلا حجر مفيدا واذا عرفت هذا فاعلم ان قاضيا

لو حجر على سفيه بناء على رأيه ثم دفع حكمه الى قاض آخر فابطل حجره بناء على رأيه ايضا
واطلق جاز اطلاقه وكذا تصرف السفيه وكان الواجبان لا يجوز اطلاقه
لان قضاءه لاقى فصلا مجتهدا فيه ونقضه باطل وانما جاز ذلك لان الحجر من القاضي
الاول فتوى منه لا قضاء لان القضاء لفصل الخصومة بين المتخاصمين بالقضاء
لاحدهما على الآخر ولم يوجد ذلك اذ ليس هنا مقضيا له سلمنا وجود المقضي له
على احتمال ان يجعل السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر نظر له لكن نفس هذا القضاء
مختلف فيه فان ابا ح لم يقل به فلا بد من الامضاء حتى يلزمه لان الاختلاف
اذا وقع في نفس القضاء لا يلزمه ولا يصير مجمعا عليه اذ لو كان الاختلاف
موجودا قبل القضاء يتاكد احد القولين بالقضاء فلا ينقض بعد ذلك واما
اذا كان الاختلاف في نفس القضاء فلا بد من قضاء قاض آخر حتى يصير مجمعا
عليه هذا تفصيل ما ذكره في الهداية واعترض عليه بان الاختلاف هنا
موجود قبل القضاء فان محمدا يرى حجره بنفس السفه ولا ينفذ تصرفاته اصلا
فيصير القضاء به على هذا التقدير قضاء بقول محمد فيتاكد قوله بالقضاء بخلاف
القضاء على الغائب فان الاختلاف فيه في نفس القضاء هل يجوز ام لا فعندنا
لا ينفذ وعند الشافعي يجوز فيحصل الاختلاف بالقضاء فلا يرتفع حتى يحكم بجواز
هذا القضاء واما الثاني فقال ابو ح اذا بلغ الغلام سفيها غير رشيد منع عنه
ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لانه لا يحجر عنده
كما تقدم في المسئلة الاولى فاذا بلغ ذلك السن سلم اليه ماله وان لم يونس
الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله حتى يونس رشده ولا يجوز تصرفه في ماله
لان علة المنع السفه فيبقى الحكم ببقاء علته كالصبا ولابي ح ان منع المال عنه
بطريق التاديب ولا تاديب بعد خمس وعشرين سنة ظاهرا وغالبا لانه في
هذه المدة يصير جدا باعتبار اقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنى عشر سنة
واقل مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب لا فائدة في المنع
فلزم الدفع ولان المنع بعد البلوغ اذا لم يونس رشده باعتبار اثر الصبا لان
العادة وجدانه في اوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقدر ذلك بخمس وعشرين

سنة

سنة ولهذا قال ابو ح ان بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع عنه المال لانه ليس
باثر الصبا فان باع تفريع على قول الامامين لا ينفذ بيعه لانه محجور عليه وبيع المحجور عليه
لا ينفذ بل يكون موقوفا على المصلحة وان وجد فيه مصلحة بان كان بمثل القيمة
او كان البيع رابحا وكان الثمن باقيا في يده اجازه اي بيعه الحاكم لما فيه من
المصلحة وان كان الثمن اقل من مثل القيمة او كان البيع خاسرا لم يجزه الحاكم لما فيه
من الضرر له والقاضي نصب ناظرا فيتحرى المصلحة فيه ولذا توقف البيع على
اجازته ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف لانه لا بد من حجر القاضي عنده
لان الحجر دائر بين الضرر وهو اهدار آدميته وبين النظر له في ابقاء المبيع على
ملكه كما كان فلا بد من مرجح وهو القضاء فاذا لم يوجد لم يكن محجورا فيجوز بيعه
وعند محمد لا يجوز لانه بلغ محجورا عنده اذ العلة هو السفه بمنزلة الصبا
وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه حكمه وهو الحجر وبيع المحجور لا يجوز وعلى
هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها عند ابي يوسف لا يصير محجورا حتى
يقضي القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفه وان اعتق بعد الحجر نفذ عتقه
عندهما وكذلك عند ابي ح اما عندهما فلما ذكر من ان السفيه لا يحجر في تصرفات
تصح مع الهزل واما عنده فلما تقدم ايضا انه لا حجر على السفيه مطلقا عنده وقال
الشافعي لا ينفذ عتقه ويسعى العبد في قيمته عند محمد وهو قول ابي يوسف
الاول لان الحجر على السفيه كالحجر على المريض فانه لاجل النظر لغرمائه وورثته ثم هناك
اذا اعتق عبدا وجبت عليه السعاية لغرمائه في قيمته او لورثته في ثلثي قيمته
ان لم يكن عليه دين ولا مال له غيره لان الرد واجب لمعنى النظر وتعذر رد عينه
فيرد قيمته معنى بايجاب السعاية فكذا هنا وفي قول ابي يوسف الاخير وهو رواية
عن محمد ليس عليه سعاية لانه لو سعى لسعى لمعتقه والمعتق لا يلزمه السعاية لحق
معتقه وانما يجب عليه السعاية لاجل غيره وان دبر صح تدبيره لانه يوجب
حق العتق فيعتبر بحقيقة العتق الا انه لا يجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه
فان مات المولى قبل رشده سعى العبد في قيمته مدبرا لانه بموت المولى عتق وهو
مدبر والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا الا يرى انه صحيحا لو دبر

عبده في صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى العبد ان يسعى في قيمته مدبرا
لغرمائه قيل ينبغي ان يسعى في قيمته قنا لان العتق حصل بالتدبير السابق وهو
في تلك الحالة توجب السعاية قنا كما لو اعتقه واجيب بان الاصل ان المعلق بالشرط
ليس بسبب قبله الا انه جعل ههنا سببا قبله ضرورة فلا يظهر سببيه في ايجاب
السعاية عليه قنا وانما يظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لان الثابت
بالضرورة يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب ان يسعى في ثلثي قيمته لان
التدبير وصية وفيما يسعى المعبد كذلك واجيب بانه وصية من حيث النفاذ
بعد الموت لا غير الا ترى ان الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير ولو ولدت
جاريته فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لاحتياجه
الى ذلك لابقاء نسله وابقاؤه من الحوائج الاصلية لحيوة ذكر الانسان ببقاء
الولد بعد موته فالحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاد فان مات بعد
هذه الدعوة كانت الجارية حرة لا سبيل عليها لاحد وان مات مديونا وان
لم يعلم لها ولد منه وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لان الدعوة ح
كانت دعوة تحرير فلا ينفذ على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه
كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد فصار كانه قال انت حرة فيمتنع بيعها
وتسعى في قيمتها بعد موته بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها في
ابطال حق الغير كذا في دفع حكم الحجر عن تصرفه كذا في العناية ويصح تزوجه
لان النكاح مما لا يبطل بالهزل فكذا بالحجر ولانه من الحوائج الاصلية لبقاء نسله
بمهر المثل اما المهر فلانه من ضرورات النكاح واما المثل فلانه لا ضرورة في
الزيادة عليه وانما الزم بالتسمية ولا نظر له فيه فلم يصح الزيادة واليه اشار
بقوله وان سمى اكثر بطلت الزيادة على مهر المثل لعدم النظر له فيها اشار بالبطلان
الى ان الزيادة ههنا غير معتبرة اصلا لا في جميع المال ولا في الثلث بخلاف
المريض الذي يزوج مرض موته باكثر من مهر مثلها فان الزيادة فيها على مهر
مثلها غير معتبر من جميع ماله بل يعتبر من الثلث فان خرج من الثلث لخذتها
المراة والا فلا ولو طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المهر في ماله لان

التسمية صحيحة الى مقدار مثلها قال في قاضيخان والمراة المحجورة بمنزلة الرجل المحجور
فان زوجت المحجورة نفسها من رجل كفو يجوز نكاحها فان قصرت عن مهر مثلها
قال ابو ح يخير الزوج ان شاء كمل مهر مثلها وان شاء فارقها وقالا يجوز النكاح
بما زوجت ولا يخير الزوج ولو ان المحجورة بعدما زوجت نفسها اختلعت
من زوجها على مال يقع الطلاق ولا يلزمها المال لانها لا تملك التزام المال بدلا
عما ليس بمال وبضعها ليس بمال عند الخروج وهل يكون هذا الطلاق باينا
او رجعيا ذكر في الكتاب انه يكون رجعيا لانه طلاق لا يقابله البدل اصلا
فيكون رجعيا وهي كالصغيرة اذا اختلعت من زوجها على مال يكون رجعيا بخلاف
الامة اذا كانت تحت زوج فاختلعت على مال فان الطلاق يكون باينا لانها من
اهل الالتزام فان فعلت ذلك باذن المولى يجب المال في الحال وان كان
بغير اذن المولى كان عليها المال بعد العتق والطلاق ببدل يكون باينا حتى لو
كانت الامة محجورة فاختلعت نفسها على مال يكون الطلاق رجعيا لا يجب عليه
المال لا في الحال ولا بعد العتق وتخرج زكوة مال السفيه لانها واجبة عليه
فلا يسقط بالسفه وينفق منه اي من ماله عليه اي على السفيه وعلى من
تلزمه اي السفيه نفقته من اولاده وزوجته وذوي ارحامه لان احياء
نفسه واولاده وزوجته من حوائجه الاصلية فيصرف من ماله والانفاق
على ذوي ارحامه الذين لزمت نفقتهم عليه واجبة عليه لحق القرابة والاصل
ههنا ان ما وجب عليه من امر اوجبه الله تعالى كالزكوة وحجة الاسلام او كان
من حقوق الناس كنفقة من يجب عليه نفقته فالسفيه والمصلح فيه سواء لانه
مخاطب وبالسفه لا يستحق النظر في اسقاط شيء من حقوق الشرع عنه ولا
من حقوق الناس فلا يسقط شيء من هذه الحقوق بالسفه لكن لا يسمع قوله في القرابة
حتى يقيم البينة عليها ولا في غير القريب لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين
على نفسه فلا يلزم اقراره شيئا الا في الولد فان الزوجين اذا تصادقا على
النسب قبل قولهما لان كل واحد منهما في تصديق الاخر يقر على نفسه بالنسب
والسفه لا يؤثر في منع الاقرار بالنسب بكونه من حوائجه لكن لا بد من اثبات

عشرة المقر له لما ذكرناه والاقرار بالزوجية صحيح ويجب مهر المثل والنفقة بخلاف
ما اذا اوجب على نفسه شيئا باليمين او النذر او الظهار حيث لا يلزمه المال
بل يكفر ليمينه وظهاره بصوم لكل حنث ثلثة ايام متتابعات وعن ظهار شهرين
متتابعين وان كان مالكا للمال وقت التكفير ويدفع القاضي قدر الزكوة اليه اي
الى السفيه ليؤدي بنفسه لان الواجب عليه الايفاء وهو عبارة عن فعل
يفعله هو عبادة مع النية ويوكل عليه اي على السفيه اي يدفع القاضي معه امينا
الى ان يؤديها كيلا يصرف الى غير المصرف ويسلم القاضي النفقة المفروضة الى امينه
ليصرفها الى مستحقها لانه لا يحتاج فيها الى النية فاكتفي فيها بفعل الامين بخلاف الزكوة
فانها تحتاج الى النية فلا يكتفي فيها بفعل الامين بل بفعلها السفيه بنفسه فان اراد
حجة الاسلام اي الفرض لا يمنع منها لانها واجب عليه بايجاب الله تعالى والسفه
لا يؤثر في اسقاط ما اوجبه الله تعالى ولا من عمرة واحدة استحسانا للاختلاف
في وجوبها فيتمكن منها احتياطا بخلاف ما زاد على الحج الواحد والعمرة الواحدة من
الحج وتدفع نفقته اي نفقة السفيه في طريق الحج الى ثقة ينفق عليه في الطريق
لا اليه كيلا يبذر ولا يسرف ويصح منه اي من السفيه الوصية بالقرب اي ما
يتقرب به الى الله تعالى وابواب الخير من الثلث لان نظره في ثلث ماله لانها
حالة انقطاعه عن ماله ويحجر على المفتي الماجن اي من يعلم الناس بالحيل او يفتي
عن جهل وهذا لانه يفسد على الناس دينهم ففي منعه دفع الضرر العام والمفتي
والطبيب الجاهل لان فيه افساد ابدان الناس ففي منعه دفع الضرر العام ايضا
وهل يضمن اذا اتلفه بعلاجه في الفتاوى رمدت عين رجل فعالجها بامره
طبيب فزال منفعة عينه بالكلية فان ثبت انه طبيب حاذق في الطب وانه عالجه
على المعتاد لا ضمان عليه وان ثبت انه طبيب جاهل عالجه على خلاف المعتاد ضمن له دية
عينه والاصل ههنا ان الطبيب والجراح والفصاد والحجام ليس عليهم ضمان السراية
اذا لم يعالجوا ولم يقطعوا زيادة على قدر المعتاد المعهود الماذون فيه فان شرط
على هؤلاء الفعل السليم دون الساري فالشرط فاسد لانه ليس في وسعهم ذلك
كذا في ضمانات العمادية والقصولين والمكاري المفلس لانه يتلف اموال الناس

فانه

فان مات حمولته في المفازة وليس له حمولة اخرى ولا يمكنه شراء اخرى ولا استيجارها
فيؤدي الى اتلاف اموال الناس فيلزم منعه اتفاقا قيد للثلثة ولا يحجر على فاسق
الفسق الاصلي والطاري فيه سواء هذا قول الامامين من علمائنا وقال الشافعي
يحجر على الفاسق ومبنى الخلاف على ان الحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق
مستحق لذلك فيحجر عليه وان كان مصلحا المال وعندهما الحجر للنظر على المحجور عليه
في ماله فاذا كان مصلحا بماله لم يبق عليه حجر ومغفل اي من يغبن في التجارات
اذا كان كل من الفاسق والمغفل مصلحا لماله لما ذكرناه ان الحجر للنظر له فاذا
كان مصلحا لم يبق عليه حجر ولا على مديون بسبب دينه ولو طلب غرماؤه
الحجر عليه وهذا عند ابي ح لان الحجر اهدار اهليته والحاقه بالبهايم وهو ضرر
فوق ضرر الدين فلا يختار الاعلى لدفع الادنى ولا يبيع القاضي ماله اي مال
المديون فيه اي في دينه بل يحبسه ابدا حتى يبيعه هو بنفسه لان الدين
واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه القاضي دفعا للظلم ايصالا للحق الى
مستحقه لانه نصب ناظرا ولا يكون ذلك اكراها على البيع لان المؤمن ذلك
لحمل على قضاء الدين باي طريق كان ان شاء ببيع ماله وان شاء بسبب اخر
بخلاف ما اذا باع القاضي ماله فانه حجر عليه وقال ابو يوسف القاضي ينصب
وكيلا ويحكم كما في قاضيخان حيث قال رجل عليه دين ثبت باقراره او ببينة
قامت عليه عند القاضي فغاب المطلوب قبل الحكم وامتنع عن الحضور قال
ابو يوسف ينصب القاضي عنه وكيلا ويحكم عليه بالمال اذا سال الخصم ذلك
انتهى فان كان ماله من جنس دينه اداه الحاكم منه اي بلا امر له لان
للغرماء حق الاخذ من جنس حقهم بلا رضاه فكذا للقاضي ويبيع احد القاضي
احد النقدين بالاخر اي يبيع الدنانير لدراهم دينه استحسانا لاتحادهما في
الثمنية والنقدية وعندهما يحجر عليه اي على المديون ان طلب غرماؤه الحجر عليه
ويمنع القاضي المديون من التصرف في ماله نظرا للغرماء والاقرار لما ذكرناه
ويبيع الحاكم ماله ان امتنع المديون عن البيع بنفسه ويقسم اي الثمن بين
غرمائه بالحصص بعدا لا للحق الى مستحقه وان اقر المديون بمال او دين لانسان

حال حجره لزمه اي لزم ما اقر به بعد قضاء ديونه لان المديون المحجر للغرماء تعلق
حقهم بما في يده فلا يملك ابطاله بالاقرار لغيرهم بعد هذا لكن ينفذ اقراره على
نفسه فلزمه بعد قضاء حق الغرماء لا في الحال لما ذكرناه وينفق من مال
المفلس عليه اي على المديون المفلس المحجور من ماله وعلى من تلزمه نفقته من
اولاده وزوجته وذوي ارحامه لما ذكرناه في السفيه والفتوى على قولهما في
بيع ماله اي مال المديون المحجور من ماله لا امتناعه عن بيعه ويباع النقود ثم
العروض يعني يباع احد النقدين بالاخر للدين لانه اقرب الى الدين فان فضل
شيء من الدين يباع العروض ثم العقار ويترك له دست من ثياب بدنه قال في
المصباح الدست من الثياب ما يلبسه الانسان ويكفيه لتردده في حوائجه
وقيل دستان لانه اذا غسل ثوبه لابد له من ثوب يعني يترك له دست او
دستان فيباع الباقي للدين ومن افلس وله عنده متاع رجل شراه منه
فرب المتاع اسوة للغرماء فيه يعني يشارك البايع سائر الغرماء في قيمة المتاع
لما اخرجه الدار قطني مرفوعا ايما رجل باع سلعته فادركها عند رجل قد افلس
فماله بين غرمائه خلافا للشافعي فانه قال البايع اولى وهو محجوج عليه بما روينا
بخلاف المرتهن فانه احق بالرهن في قدر دينه والزائد للغرماء

فصل

في بيان حد البلوغ وهو تارة يكون بالعلامة وتارة يكون بالسن فالى الاول
اشار بقوله بلوغ الغلام بالاحتلام والانزال والاحبال اذا وطئ والاصل
هو الانزال الا ان الاحبال لا يكون الا مع الانزال فجعل كل منهما علامة وبلوغ الجارية
بالحيض والاحتلام او الحبل اذا وطئت فان لم يوجد شيء من ذلك اي شيء من
المذكور من العلامات فاذا تم له اي للغلام هذا بيان حد البلوغ السني في
الغلام والجارية ثماني عشرة سنة يحكم ببلوغه واذا تم لها اي للجارية سبع عشر
سنة يحكم ببلوغها هذا عند الامام على ما ذكره صدر الاسلام ابو اليسر وعندهما
اذا تم خمس عشرة سنة فيهما اي يحكم ببلوغهما وهو اي قول الامامين رواية عن
الامام وبه يفتى لقصور اعمار اهل هذا الزمان كذا علله صدر الاسلام هذا اكثر
المدة وادنى مدته اي مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه له اي للغلام ثنتا عشرة سنة

ولها

ولها اي للجارية تسع سنين بالاتفاق واذا راهقا اي دنى المحل للحلم واشكل امرهما
في البلوغ ولم يعلم ذلك منهما وقالا بلغنا صدقا وكانا كالبالغ حكما لان
البلوغ معنى لا يعرف الا من جهتهما فاذا اخبرا ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما قبل
قول المراة في الحيض كذا في الهداية وقال في قاضيخان رجل له امراة ابنة
اربع عشرة سنة وغلام ابن اربع عشرة سنة ايضا فقال للمراة اذا حضت فانت
طالق وقال للغلام اذا احتلمت فانت حر فقالت المراة قد حضت وقال الغلام قد
احتلمت قال يصدق المراة ولا يصدق الغلام وقال في قسمة فتاوى الفضلي
صبي اقر انه بالغ وقاسم الوصي فان كان مراهقا جازت قسمته ولم يقبل قوله
بعد انه كان غير بالغ وان لم يكن مراهقا ويعلم ان مثله لا يحتلم لم يجز قسمته
ولا يقبل قوله انه بالغ قال الصدر الشهيد في واقعاته وبهذه المسئلة تبين
ان بعد ثنتي عشرة سنة يشترط شرط اخر لصحة الاقرار بالبلوغ هو ان لا يكون
بحال لا يحتلم مثله وكلام المرغيناني عن هذا القيد وقال في العمادي قبل ثنتي عشرة سنة
لا يصح اقراره بالبلوغ البتة وبعد ثنتي عشرة سنة ان كان مثله يحتلم عادة يصح
اقراره

كتاب المأذون

ذكره عقيب كتاب الحجر لان الاذن يقتضي سبق
الحجر فناسب ان يذكر بعده الاذن في اللغة الاعلام وفي الشرع فك الحجر
واسقاط الحق لانه لا يقبل التاقيت والتخصيص فانه لما كان تصرفا ماذونا بحكم
مالكيته الاصلية العامة لجميع الاوقات والامكنة وانواع التجارات لا يختص
بما يوقت ونوع من التجارات وكل ما لا يختص ولا يتوقت فهو من قبيل الاسقاط
فهذا من قبيل الاسقاط لحق المولى اذ الاسقاط لا يتوقت كالطلاق والعتاق
وههنا المولى اذا اذن لعبده في التجارة اسقط حق نفسه الذي كان العبد
لاجله محجورا قبل الاذن ثم تصرف العبد اي تصرفه بعد الاذن باهليته الاصلية
لان الرقية عارضة لان الاصل في بني ادم الحرية وانما عرضت الرقية لشامة الكفر
وبعد عروضه بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز لانه من اثار الادمية
وبعروض الرق لا يخرج عن الادمية لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته
او كسبه وذلك حق المولى الحجر عليه لحق المولى كيلا يبطل حقه فلا بد من اذنه

فاذا اذن زال المانع عن التصرف فظهر اهليته الاصلية فتصرف بها فلا تلزم سيده عهدة
تفريع على كون تصرفه باهليته الاصلية وهذا لان اول تصرف يباشره العبد
المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى
لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب حبس
وذمته خالص حقه لا محالة ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه
المولى فاذا كان تصرفه لنفسه لا يلزم عهدته سيده ولا يتوقت بزمان او مكان
هذا تفريع على كونه اسقاطا ففيه نشر على خلاف ترتيب اللف وهذا لان الاسقاط
لا يتوقت بشيء منها مثل الطلاق والعتاق كما تقدم فلو اذن تفريع على عدم توقته
له اي لعبده يوما فهو مأذون دائما الى ان يحجر عليه ولا يتخصص بنوع من التجارات
وهذا من تفريع كونه اسقاطا ايضا بخلاف التوكيل فانه انابة لا اسقاط فيقبل
التوقيت والتخصيص وكذا اذن القاضي يقبلهما لانه بمنزلة التوكيل على ما في قاضيخان
فاذا اذن في نوع من التجارة كان مأذونا في سائر الانواع لان جميع الازمنة
والامكنة وانواع التجارات متساوية بالنسبة الى اهليته الاصلية وقد تقدم
ان تصرفه بعد الاذن باهليته فاذا لم يكن موقتا ولا مخصصا فلا يعتبر التقييد
بواحد منها لعدم الفائدة في التقييد بها فان قيل المأذون عديم الاهلية بحكم
التصرف وهو الملك اذ لا يملك شيئا مما اشتراه بعد الاذن بل الملك لمولاه فينبغي
ان لا يكون اهلا لنفس التصرف ايضا لان التصرفات الشرعية انما يراد لحكمها
وهو ليس باهل له اجيب بان حكم التصرف ملك اليد لا ملك الرقبة والرقيق اصيل
في ملك اليد فيستقيم ويثبت الاذن صريحا بان يقول المولى لعبده اذنت
لك في التجارة ودلالة بان رأى عبده يبيع ويشتري فسكت المولى ولم ينهه
يصير العبد مأذونا عندنا سواء كان البيع للمولى او لغيره بامره اي بامر المولى
ويجوز ارجاعه الى الغير ايضا او بغير امره بيعا صحيحا او فاسدا هكذا ذكره في الهداية
معللا بان كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاملونه بالبيع والشراء بناء على ظنهم
هذا فيتضررون به عند عدم كونه مأذونا لانه يتلجأ المطالبة الى ما بعد العتق
وقد يعتق وقد لا يعتق فجعلناه مأذونا بسكوت المولى دفعا للضرر عن الناس

وذكر

وذكر في قاضيخان ما يخالف هذا فانه قال في اول كتاب المأذون فاذا رأى المولى
عبده يبيع عينا من اعيان المال فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع
الرهن فسكت لا يبطل الرهن وروى الطحاوي ان المرتهن اذا سكت كان رضا بالبيع
ويبطل الرهن فان هذا مخالف لمقتضى قوله سواء كان البيع للمولى ثم ذكر في
قاضيخان ايضا ما يوافق ما في الهداية حيث قال لو امر عبده ببيع متاع غيره
يصير مأذونا ولو رأى عبده في حانوته يبيع متاعه فسكت حتى باع متاعا
كثيرا من ذلك كان اذنا ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع لانه يزول
عن ملكه فلا يكون سكوته اذنا في ذلك البيع بل يكون اذنا بعده بخلاف ما لو رآه
يشتري شيئا فسكت فان سكوته يكون اذنا في ذلك الشراء لانه يدخل في
ملكه فينفذ عليه ولو ان رجلا دفع الى العبد رجل متاعا له ليبيعه فباعه بغير
اذن المولى فرآه المولى ولم ينهه كان اذنا في التجارة ويجوز ذلك البيع على صاحب
المتاع وتكلموا في العهدة قال بعضهم العهدة يرجع الى الامر وعند البعض
ترجع الى العبد ولو رأى المولى عبده يشتري شيئا بدراهم المولى او دنانيره فلم ينهه
يصير مأذونا فان نقد الثمن من مال المولى كان للمولى ان يسترده واذا استرد
لا يبطل ذلك البيع ولو كان مال المولى مكيلا او موزونا فاسترد المولى يبطل
البيع بان كان الشراء بمكيل او موزون بعينه وان لم يكن بعينه واسترد المولى
لا يبطل الكل في قاضيخان مع بعض زيادة عليه ويمكن ان يقال ان مراد قاضيخان
بقوله فسكت لم يكن اذنا مما ذكره اولا انه لم يكن اذنا في بيع ذلك المال فلا
مخالفة بينه وبين ما في الهداية ثم ثبوت الاذن بسكوت المولى هو مذهبنا وقال
زفر والشافعي لا يثبت الاذن بسكوت المولى عندنا يراه يبيع ويشتري لان سكوته
يحتمل الرضاء والسخط وقلة الالتفات الى تصرفه والمحتمل لا يكون حجة ولان
الاذن انابة وتوكيل فلا يثبت بالسكوت كما اذا رأى اجنبيا يبيع ماله فسكت
ولم ينهه لا ينفذ ذلك عليه بسكوته وكذا لو رأى القاضي الصبي او المعتوه او عبدهما
يبيع ويشتري فسكت لا يكون اذنا له في التجارة مع ان له ان يأذن لليتيم
والمعتوه اذا لم يكن لهما ولي امتنع من الاذن لهما عند طلبه وكذا سكوت المرتهن

عند ما يرى المرتهن يبيع الرهن لا يكون رضا وكذا اذا رأى عبده او امته يتزوج فسكت
لا يكون اذنا منه بالتزوج قلنا ان هذه التصرفات مبنية على عادات الناس
وقد جرت العادة ان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه فاذا
سكت دل على رضاه فصار اذنا دلالة لاجل دفع الضرر عن الناس على ما ذكرناه
انتقاضا كسكوت النبي عم عند امر يعاينه عن الانكار فانه اذن منه وفيه
وكسكوت البكر والشفيع والولي القديم عند ما يرى ماله يقسم بين الغانمين
بخلاف ما اذا سكت عند ما يرى الاجنبي يبيع ماله لانه توكيل والوكيل يتصرف
للموكل لا لنفسه فلا يثبت التوكيل بالسكوت بل لا بد له من صريح الاذن وكذا اذن
القاضي توكيل لا اسقاط لانه لا حق له في مال الغير حتى يكون الاذن منه
اسقاطا لحقه بخلاف ما نحن فيه فانه اسقاط لا توكيل كما تقدم وسكوت المرتهن
رضى في رواية الطحاوي كما ذكره قاضيخان فلا يصلح مقيسا عليه وفي تزوج
العبد والامة ضرر عظيم على المولى فلا يلزمه مثل هذا الضرر بدون التصريح
بالاذن بخلاف ما نحن فيه فانه لا ضرر فيه في الحال وفي المال جانب
النفع راجح على ما في الزيلعي وللماذون اذنا عاما لا بشراء شيء بعينه او طعام
الاكل او ثياب الكسوة يعني لو اذن المولى عبده اذنا عاما بان قال اذنت لك
في التجارة او قال اجر نفسك للناس ولم يقيده بشراء شيء بعينه او طعام الاكل
او ثياب الكسوة ولا بنوع من التجارة صار ماذونا في جميع التجارات بخلاف
ما لو قيده بشيء من ذلك او باجارة نفسه نفسه من فلان بعينه بان قال
اجر نفسك من فلان فانه لا يكون ماذونا بل استخداما له كيف ولو كان
ماذونا بهذا القدر يتعذر على المولى استخدامه وهو ظاهر ان يبيع ويشتري ويوكل
من التوكيل بهما اي بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة ويسلم ويقبل ويرهن
ويرتهن لانها من توابع التجارة كالتوكيل ويزارع ويشتري بذرا يزرعه
ويشارك عنانا لانه من صنيع التجار لانه طريق تحصيل الربح وليس له ان يشارك
مفاوضة لانها تتضمن الكفالة والوكالة وهو لا يملك الكفالة لكونها تبرعا ولو
فعل ذلك كان عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة فصحت بقدر ما يملكه

الماذون وهو الوكالة دون الكفالة ويستاجر الاجراء للخدمة ويوجر ولو وصلية
نفسه لان كلا من الايجار والاستيجار من باب التجارة ويضارب اي يقبل المال
مضاربة ويدفع المال الى الغير مضاربة ويبضع ويعير لما ذكرناه ويقر بدين
ووديعة لما ذكرناه ايضا لانه لو لم يصح اقراره لم يعامله احد فيبطل الحق من
الاذن وفي البزازية واقرار الماذون بالديون والمغصوب واتلاف الودائع و
العواري والجنايات في الاموال جائز واما الاقرار بجناية توجب الدية والفداء
لا يصح محجورا او ماذونا واقرار المحجور بالدين او الغصب وعين مال لا يصح وفي
الماذون يصح ويؤاخذ به في الحال ولو اقر الماذون بمهر امرأة وصدقته لا يصح
في حق المولى ولا يؤاخذ الا بعد الحرية انتهى ولو باع واشترى بغبن فاحش جاز
عند ابي حنيفة خلافا لهما لان المقصود من الاذن الاسترباح والعقد بالغبن الفاحش
اتلاف لا استرباح فلا يدخل تحت الاذن فلا يجوز كما لا يجوز ذلك العقد من
الاب والوصي والقاضي في مال الصغير ولابي حنيفة ان الماذون متصرف لنفسه
كالحر فيصح عقده ولو بالغبن الفاحش بخلاف هؤلاء لان تصرفهم للصغير وهو
مقيد بالنظر له فلا يجوز بالفاحش لعدم النظر فيه ولو حابى اي العبد الماذون
قال في المصباح حبوت الرجل حباء بالكسر والمد اعطيته الشيء بغير عوض
وحاباه محاباة سامحه ماخوذ من حبوته اذا اعطيته انتهى والمراد بالمحاباة
بيع المتاع بنقصان فاحش من قيمته في مرض موته صح من جميع المال ان لم يكن
عليه دين اي تنفذ محاباته من جميع ماله وان زادت على الثلث وان كان عليه
دين فمن جميع ما بقي اي يؤدي دينه اولا فما بقي بعد قضاء الدين يكون كله
محابات لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد والمولى
وان كان وارثا الا انه رضي بالاذن لسقوط حقه فتنفذ محاباته في جميع ما
بقي من الدين الا ترى ان الوارث لو اسقط حقه في الثلثين لنفذ تصرف
المريض في الكل وان لم يبق شيء للدين بعد المحابات ادى المشتري جميع المحابات
او رد المبيع اي يقال للمشتري اما ان تؤدي جميع المحابات او ترد المبيع كما اذا حابا
الحر في مرض موته قال في الكفاية ان ما ذكره صاحب الهداية من قوله ولو حابى

العبد المأذون في مرض موته يعتبر من جميع ماله اه فيما اذا كان مولاه صحيحا اما اذا
كانت المحاباة في مرض موته فمحاباته بما يتغابن الناس فيه وبما لا يتغابن فيه
جائزة في قول الجميع من ثلث مال المولى سواء كان ذلك في البيع او في الشراء
لان العبد بالاذن صار مالكا للمحاباة مطلقا في قول الجميع حتى لو باشره في صحة
المولى كان ذلك صحيحا منه والمولى حين استدام الاذن بعد مرضه جعل تصرف
العبد باذنه كتصرفه بنفسه ولو باع المولى بنفسه وحابى يعتبر ذلك من ثلث
ماله سواء كانت محاباة يسيرة او فاحشة فكذا اذا باشره عبده وفي قول
ابي يوسف ومحمد محاباته بما يتغابن الناس فيه كذلك واما محاباته بما لا يتغابن
الناس فيه فباطل وان كان يخرج من ثلث مال المولى لان العبد عندهما لا يملك
هذه المحاباة بالاذن له في التجارة حتى لو باشره في صحة المولى كان
باطلا وان كان على المولى دين يحيط برقبة العبد وبما في يده ولا مال لغيره
فحابى في مرض المولى لم يجز محاباة العبد بشيء لان مباشرة العبد كمباشرة المولى
ومحاباة المولى عند استغراق الدين ماله لا يجوز فكذا محاباة عبده وان لم يكن
على المولى دين وكان على العبد دين يحيط برقبته وبجميع ما في يده فمحاباة العبد
جائزة على غرمائه من ثلث مال المولى لان حكم الاذن لم يتغير بلحوق الدين اياه
والمحاباة وان جازت على الغرماء فانما هي من مال المولى انتهى فظهر منه ان
محاباة العبد المأذون في مرضه على انواع لانها اما ان يكون في صحة
المولى او في مرضه فان كانت في صحة المولى وليس على المولى ولا على العبد
المأذون دين اصلا فمن جميع المال وان كان عليهما او على واحد منهما فمن جميع ما
بقي وان كان على المولى دين محيط فالمحاباة باطلة وان كان على العبد دين
محيط فمحاباته معتبر من ثلث المال وهي الصورة الاخيرة مما ذكرناه من الكفاية
وان كانت محاباته في مرض المولى فهي الصورة المذكورة اولا في الكفاية وله
اي للعبد المأذون ان يضيف معامله لان الضيافة للعامل من صنيع التجار استجلابا
لقلوب اهل حرفته لكن قيد الضيافة في شرح النقاية باليسيرة لا الكثيرة
ويحط من الثمن بعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له

من

من قبول المعيب بخلاف الحط منه بلا عيب فانه تبرع محض لا يملكه المأذون ولذا قيده
بالعيب ويأذن العبد المأذون لرقيقه في التجارة لانه نوع تجارة والاصل
ان كل من له ولاية التجارة يصح اذنه لعبده في التجارة كالمكاتب والمأذون
والمضارب والاب والجد والقاضي وشريكي المفاوضة والعنان والوصي ولا يجوز
ذلك للام والاخ والعم لانه ليس لهم ولاية التجارة في مال الصغير كذا في
الاختيار لا ان يتزوج امرأة لانه ليس من التجارة الا باذن المولى وهل يتسرى
ففي نكاح التاتارخانية ولا يتسرى جارية من اكسابه لانه لا ملك للعبد
حقيقة وحل الوطي يكون باحد الملكين نفي شرعا وسواء اذن له المولى او لم ياذن
له لما ذكرناه ان العبد لا يملك شيئا لانه مملوك فيستحيل ان يكون مالكا وبالاذن
لا يخرج عن كونه مملوكا فلا تندفع الاستحالة انتهى وقال في ذخيرة العقبى
ان المولى لو سلم اليه ما دون امته المملوكة فقال اعطيتكها او وهبتكها فتمتع بها
تمتع الرجل من النساء فقبضها ووطئها يكون زنا محضا وحراما صرفا لكنه يسقط
عنه الحد للشبهة ولو ادعى ثبت نسبه منه او يزوج عبده لما ذكرناه وكذا
امته لما ذكرناه ايضا خلافا لابي يوسف في تزويج الامة فانه جوز تزويج
امته وله ان تزويج الامة نوع تجارة لايجاب نفقتها ومهرها على زوجها بخلاف
العبد لان تزويجه يوجب النفقة والمهر عليه فينافي امر التجارة ولا ان
يكاتب عبده لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل في الكتابة
مقابل بفك الحجر فلم يكن من باب التجارة ولان الكتابة اقوى من الاذن لان
الكتابة توجب حرية اليد في الحال وحرية الرقبة في المآل والاذن لا يوجب
شيئا من ذلك والشيء لا ينتظم ما هو فوقه فلا يجوز الا اذا اجازه المولى
ولم يكن على العبد دين لان الامتناع لحقه فاذا اجازه زال المانع فينفذ وهذا
لما عرف ان كل عقد موقوف وله مجيز وقت وقوعه يجوز باجازته فتكون
الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ثم ليس للعبد ان يقبض البدل لانه نائب
عن المولى كالوكيل فكان قبض البدل لمن نفذ العقد من جهته لان الوكيل
فيه سفير ومعبر فلا يتعلق به حقوق العقد كالنكاح بخلاف المبادلة المالية

كذا في الزيلعي وذكر فيه ايضا نقلا عن النهاية انه لو كان على العبد دين قليل فكتابته
باطلة وان اجازها المولى لان قيام الدين يمنعه من ذلك قل او كثر ثم استشكل
عليه بان الدين اذا لم يكن مستغرقا لرقبته ولما في يده لا يمنع الدخول في
ملك المولى باجماع اصحابنا حتى جاز للمولى عتق ما في يده فكيف يتصور هذه المسئلة
وانما الخلاف في المستغرق فعند ابي ح يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما
لا يمنع ثم لو ادى المكاتب البدل الى المولى قبل الاجازة ثم اجازه المولى لا يعتق
وسلم المقبوض للمولى لانه كسب عبده او يعتق ولو كان العتق بمال لان العتق
فوق الكتابة فكان اولى بالامتناع وان اجازه المولى ولم يكن عليه دين جاز
وكان قبض العوض اليه ان كان العتق على مال وان كان عليه دين مستغرق
لا ينفذ عند ابي ح خلافا لهما بناء على انه لا يملك ما في يده ام لا او يقرض
لانه تبرع ابتداء فلا يملكه او يهب لانه تبرع محض فلا يملكه ولو كان بعوض
او يهدي لانه تبرع وكذا لا يتصدق لما ذكرنا الا اليسير من الطعام فيه اشارة
الى انه ليس له ان يهدي شيئا من الدراهم والدنانير قال في خزانة الفقه
لابي الليث عشرة اشياء لا يملكها العبد المأذون الكفالة بالنفس والمال والقرض
والهبة والصدقة والعتق على مال وغيره والكتابة وتزويجه لنفسه وتزويج
عبده وامته والصلح من قصاص وجب عليه والعفو عن القصاص ثلثة
عشر شيئا يملكها العبد المأذون يبيع ويشتري الارض ويزرعها ويصالح من
قصاص وجب على عبده ويهدي اليسير من الطعام ويضيفهم يطعم ويجوز
بيعه من مولاه بمثل قيمته انتهى وفي البزازية ليس للمأذون الكفالة بالنفس
والمال الا باذن المولى وباذن المولى لا يجوز الا ان يكون عليه دين انتهى
والمحجور لا يهدي اليسير من الطعام ايضا اي كما لا يهدي الكثير من الطعام
وعن ابي يوسف اذا دفع المولى الى المحجور قوت يومه فدعا بعض رفقائه للاكل
معه فلا باس به بخلاف ما لو دفع اليه المولى قوت شهر لانهم اذا اكلوه تتضرر
المولى به ولا يمكن ان تقدر الضيافة بقدر قالوا ولا باس للمرأة ان تتصدق
من بيت زوجها باليسير كالرغيف ونحوه لكمال الاذن دلالة بينهما وما لزم المأذون

من الدين بسبب تجارة او ما في معناها كبيع وشراء مثال لسبب تجارة واجارة
واستيجار وغصب وجحد امانة وعقر امة شراها فوطئها فاستحقت الامة
هذا كلها مثال لما كان في معنى التجارة على ما صرح به علاء الدين والعقر
وان استند الى الشراء لكن السبب القريب هو الوطئ وفائدة الاستناد الى
الشراء سقوط الحد يتعلق الدين اللازم بهذه الاسباب برقبته عندنا فقال
زفر والشافعي لا يتعلق برقبته بل بكسبه فلا يباع رقبته بل يباع كسبه فقط
في دينه لان رقبته ملك المولى فلا يتعلق الدين بها الا بتعيين المولى والمولى
عين الكسب لتعلق الدين دون الرقبة لان غرضه من اذنه تحصيل ما لم يكن
لا تفويت ما قد كان وذا في اداء دين التجارة من كسب التجارة لا من رقبته
بخلاف دين الاستهلاك فان رقبته يباع فيه بالاجماع لان سببه هو الجناية
لا الاذن وقبل الاذن يباع بدين الاستهلاك فكذا بعد الاذن ولنا ان هذا
دين ظهر وجوبه في حق المولى بسبب الاذن فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك
والمهر والنفقة ولان بيعه في الدين كان جائزا في اول الاسلام حتى كان
يباع الحر بالدين على ما روي انه عم باع رجلا يقال له شرف في دينه
فانتسخ في حق الحر فبقي في حق العبد على حاله لعدم المانع ولان في
تعلقه برقبته دفع الضرر عن الناس وحاملا لهم على المعاملة وبه يحصل
مقصود المولى لان المعسر الذي ليس له مال لا يعامله احد خوفا من توى ما لهم
فلا يحصل غرضه واذا تعلق برقبته يعاملون معه فيحصل غرض المولى من
الاذن بالتجارة وتعلقه بكسبه لا ينافي تعلقه برقبته ايضا فيبدا
بكسبه لانه اهون على المولى مع ايفاء حق الغرماء وعند انفاده يستوفي
من الرقبة دفعا للضرر عن الغرماء فلا يعجل القاضي بيعه بل يتلوم لاحتمال
ان يكون له مال فاذا مضت مدة التلوم ولم يظهر له مال باعه لان القاضي
نصب ناظرا للمسلمين وقد نظر للمولى بالتلوم وللغرماء بالبيع فيباع العبد
المأذون ان لم يفده المولى باداء ديونه ويقسم ثمنه وما في يده من كسبه
بالحصص بين الغرماء وشرط في بيع العبد نفسه ان يكون المولى حاضرا

لان المولى هو الخصم في رقبة العبد كما اذا ادعى رقبته انسان ولا يكون العبد فيه
خصما وفي بيع كسبه لا يشترط حضور المولى بل يشترط حضور العبد لانه
الخصم في كسبه الا ترى انه اذا ادعى انسان كسبه كان هو الخصم فيه سواء
كسبه قبل الدين او بعده او اتهبه اي قبل الهبة قبل الدين او بعده لانه من
جملة اكسابه ايضا وما بقي عليه اي ما بقي على العبد الماذون بعد تقسيم ثمنه
وما في يده من كسبه يطالب الماذون به اي بما بقي بعد عتقه ولا يطالب
به في الحال لان دينهم ثابت في ذمته لاهليته له ولم يستوفوا الكل منه
لان رقبته وما في يده من الكسب لم يف به فبقي دينهم على حاله في ذمته
فيستوفون به اذا قدروا على استيفائه ولا يقدرون الا بعد العتق لانه لا يمكنه
بيعه ثانيا ولا استسعاؤه لان المشتري يتضرر به ولانه لو علم المشتري
انه يباع عليه ثانيا او يستسعى يمتنع من شرائه فيؤدي الى امتناع البيع بالكلية
فيعود الضرر على الغرماء فلا يشرع ولو اشتراه بعد ذلك مولاه الذي
باعه للغرماء لم يكن لهم على العبد تعلق لان هذا ملك جديد بسبب جديد
وتبدل الملك كتبدل العين حكما فصار كانه عبد اخر كذا في الزيلعي وما
اخذه سيده منه اي من الماذون قبل الدين لا يسترد من السيد لان
الدين لم يتعلق بما اخذه قبله بل ذلك حق المولى فلا يسترد وقيده بما قبل الدين
لان ما اخذه سيده من كسب عبده الماذون بعد الدين يؤخذ منه
ويدفع الى الغرماء سواء مات الماذون او لا وله اي للمولى اخذ غلة مثله
مع وجود الدين والزائد عليها اي على غلة مثله للغرماء هذا جواب الاستحسان
والقياس ان لا يجوز ذلك لان حق الغرماء مقدم في كسبه على المولى
وجه الاستحسان ان في اخذه الغلة منفعة الغرماء فانه يتركه على حاله
لاجل ما يحصل له من المنفعة ولو لم ياخذ عليه مثله يحجر عليه فينسد عليه
باب الاكتساب فكان ما ياخذه من غلة مثله كتحصيل الكسب لهم فلا يمنع
من اخذه الا انه اذا اخذ اكثر من غلة مثله يسترد منه ذلك والا يتضرر
به الغرماء او يحجر الماذون ان ابق وان لم يعلم اهل سوقه اباقه كما في الجنون

وقال

وقال زفر والشافعي لا يحجر بالاباق لانه لا ينافي ابتداء الاذن لان المولى اذا اذن لعبده
الابق المحجور عليه في التجارة وعلم العبد بذلك صح اذنه ويحجر العبد بذلك
الاذن فلان لا ينافي بقاءه وهو دونه اولى لان البقاء اسهل من الابتداء
فصار كما اذا غصب عبده وللمولى بينة عليه وكان الغاصب يقر بالغصب
واذن له المولى في يد ذلك الغاصب صح اذنه ولا ينافي في الغصب صحة الاذن
فكذا الاباق لا ينافي ولنا ان الاباق حجر عليه دلالة لان المولى انما يرضى
بكون عبده ماذونا على وجه يتمكن من قضاء دينه بكسبه ولم يتحقق ذلك
من الاباق فلا يكون راضيا به والا لم يكن مانعا في الابتداء لانا نجعله حجرا
دلالة ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها بان اذن صريحا وبخلاف
الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر باقامة البينة او باقرار الغاصب
حتى لو لم يتيسر له ذلك لم يصح اذنه ثم ان عاد من الاباق هل يعود الاذن
اولا قيل يعود وقيل لا يعود وهو الصحيح على ما في العناية والزيلعي او مات
سيده او جن مطبقا تعريف الجنون المطبق وما هو المختار فيه قد سبق
في اخر كتاب الوكالة او لحق بدار الحرب مرتدا يعني يصير العبد الماذون
محجورا عليه بهذه الاشياء الثلثة علم العبد او لم يعلم لان الاذن غير لازم
وقد تقرر في محله ان ما لم يكن لازما من التصرفات يكون لدوامه حكم
ابتدائه كانه ياذن له ابتداء في كل ساعة لتمكنه من الفسخ والحجر عليه في
كل ساعة فتركه على ما كان عليه كانشاء الاذن فيه فيشترط قيام الاهلية
في تلك الحالة كما يشترط في الابتداء وقد زالت الاهلية بالموت
والجنون وكذا باللحوق بدار الحرب مرتدا لانه موت حكما على ما تقدم في باب
المرتد فصار محجورا عليه في ضمن بطلان الاهلية فلا يشترط فيه علمه
ولا علم اهل سوقه لان الحجر حكمي فلا يشترط فيه العلم كما ينعزل الوكيل بهذه
الاشياء او حجر عليه اي على الماذون وعلم به اي بالحجر عليه اكثر اهل سوقه
وكذا شرط علم العبد نفسه بالحجر لكن هذا فيما اذا كان الاذن شايعا بين
اهل سوقه والا فعلم العبد وحده كاف في التجارة بالحجر اعلان اذن المولى

لعبده اما ان يكون شايعا اولا فان كان شايعا لم ينحجر حتى يعلم الحجر العبد واكثر
اهل سوقه لئلا يتضرر الناس بما لم يرضوا به من تاخير حقهم الى ما بعد العتق
لانه ان اكتسب شيئا اخذه المولى من يده لكونه حقه وان لحقه دين باقام
البينة انه كان قد حجر عليه قبل الدين فيتاخر حقوقهم الى ما بعد العتق والعتق
موهوم ايعتق ام لا ومتى يعتق وقد يموت على رجاء تعلق حقهم برقبته وكسبه
فاذا لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه بالحجر من غير علمهم لتضرروا فقلنا انه
لم ينحجر حتى يعلم هو واهل سوقه واكتفى باكثر اهل سوقه والقياس ان لا يكتفى
الا بعلم الجميع دفعا للضرر عنهم الا انا استحسنا بعلم الاكثر لتعذر علم الكل او
تعسره فلو حجر عليه بحضرة الاقل لم يصر محجورا عليه حتى لو باعه من علم منهم
ذلك ومن لم يعلم جاز البيع لانه لما كان ماذونا له في حق الاكثر وهو من
لم يعلم صار ماذونا وفي حق من علم ايضا لان كلا من الاذن والحجر لا يتجزى
وان لم يكن الاذن شايعا ينحجر بحجره بدون اشتراط علم اهل سوقه بل يكفي علم العبد
نفسه وقال الشافعي ينحجر بحجر المولى وان لم يعلم ذلك احد من اهل سوقه ولا
العبد نفسه بناء على ان الوكيل ينعزل بعزل الموكل وان لم يعلمه الوكيل عنده
والحجة عليه ما ذكرناه والامة اي وينحجر الامة الماذونة لها ان استولدها
مولاها وقال زفر لا تصير محجورا عليها وهو القياس لان المولى اذا اذن لام
ولده ابتداء يجوز فكذا بقاء وجه الاستحسان ان العادة جرت بتحصين
امهات الاولاد وانه لا يرضى بخروجها واختلاطها بالرجال في المعاملة
والتجارة ودليل الحجر كصريحه بخلاف ما اذا اذن لام ولده صريحا لان
الصريح يفوق الدلالة فكان اولى بالاخذ نظيره اذا قدم طعاما لانسان
يكون اذنا منه بالاكل حتى حل التناول له ثم اذا نهاه صريحا عن الاكل لا يعتبر
الدلالة ولا يحل له التناول لا ان دبرها اي لا ينحجر ان دبر الامة الماذونة
لها لان العادة لم تجر بتحصين المدبرة فلم يوجد دليل الحجر فبقيت على ما كانت
اذ لا تنافي بين حكمي التدبير والاذن ويضمن المولى القيمة للغريم فيهما اي في
صورتي التدبير والاستيلاد لانه اتلفه بالاستيلاد والتدبير فتعلق بحق

الفقهاء لانه بفعله امتنع بيعها وبالبيع يقضي حقهم واقراره اي اقرار العبد الماذون
له بعد الحجر بدين متعلق بالاقرار او بان ما في يده امانة لفلان او غصب
صحيح عند الامام خلافا لهما وهو القياس لان المصحح لاقراره اما الاذن او اليد
ولا شيء منهما بموجود بعد الحجر اما الاذن فلزواله بالحجر واما اليد فلان الحجر ابطلها
لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا فصار كما اذا اخذه المولى من يده بعد حجره
قبل اقراره وكما اذا اخرجه المولى من يده بالبيع ونحوه ثم اقر وكما اذا كان عليه
دين مستغرق لما في يده قبل الحجر واقر بعد الحجر بدين اخر وكما اذا كان ما في
يده مما اكتسبه بعد الحجر ثم المراد بعدم اعتبار يد المحجور عليه انها غير معتبرة
فيما هو من كسبه او فيما عرف ان ما في يده مال المولى واما اذا لم يكن كذلك
فيده معتبرة ولهذا قالوا اذا استودع عبد رجل رجلا وديعة ثم غاب
العبد لم يكن لمولاه ان ياخذ تلك الوديعة ماذونا كان العبد او محجورا عليه
بدون حضور العبد على ما ذكر في العناية والكفاية فلو لم يكن يد المحجور عليه
معتبرة لما اشترط حضرته بل ياخذ مولاه الوديعة من غير حضور العبد
فعلم ان يده معتبرة في امثال هذا اي فيما لم يكن من كسبه ولا من مال المولى
ولكنه قال في الكفاية نقلا عن الذخيرة وهذا اذا لم يعلم المودع انها كسب
العبد ولكنه علم انها مال المولى كان للمولى ان ياخذ انتهى وهكذا ذكره في الزيلعي
والعناية ولا يبعد ان المصحح للاقرار قبل الحجر عليه هو اليد ولهذا لا يصح اقراره
قبل الحجر عليه بما اخذه المولى من يده لخروجه عن يده حقيقة واليد ههنا
باقية حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر لان الكلام في الاقرار بما في يده
واما حكما فلان الشرط لبطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته ولم يوجد هذا الشرط
بدليل اقراره لان اقراره دليل على تحققها فاذا كانت باقية حقيقة وحكما صح اقراره
لقيام المصحح بخلاف المسائل المذكورة فان المولى اذا اخذ ما في يده قبل الاقرار
فقد زالت يده عنه حقيقة ويد المولى ثابتة فيه حقيقة وحكما فلا يبطل باقراره
وان المولى اذا باع ذلك العبد من غيره او وهبه منه صار ذلك العبد كعين اخر
لان تبدل الملك كتبدل العين فصار اقراره بعد دخوله في ملك الغير كاقرار عبد

اخر فلا يقبل فيما لم يخرجه من يده وانه لو كان عليه دين مستغرق لما في يده وقت
الحجر عليه تعلق حقوق اصحاب الديون بما في يده فلا يقبل اقراره في ابطال
حقهم فيقدمون على المقر له بالدين بعدهم كالمريض يقر بدين في مرضه وعليه
دين الصحة فان اقراره لا يقبل في حق غرماء الصحة بل غرماء الصحة يقدمون
على المقر له في المرض وان كسبه بعد الحجر حق المولى فلا يقبل اقراره به وان
استغرق دينه اي دين العبد المأذون رقبته وما في يده من كسبه لا يملك
سيده ما في يده لان المولى ح كالاجنبي فلو اعتق المولى عبدا مما في يده اي يد
العبد المأذون لا يصح عتقه عند ابي ح وعندهما يملك المولى ما في يد عبده
المأذون ولو كان دينه مستغرقا فيصح عتقه اي عتق المولى عبدا من كسب
المأذون وان لم يستغرق صح اتفاقا يعني ان العبد المأذون اذا لزمته ديون
فلا يخلو اما ان يحيط بماله ورقبته او يحيط بماله دون رقبته او لا يحيط بشيء
منها فصورة الاول كما اذا اذن لعبده فاشترى ذلك العبد عبدا اخر يساوي
الفا والمأذون ايضا يساوي الفا وعليه الفا درهم والثاني ان يكون
عليه درهم والثالث ان يكون عليه خمسمائة درهم ففي الاول لم يملك المولى
ما في يده ولو اعتق عبدا من كسبه لا يعتق عند ابي ح وقالا يملك المولى
ما في يده ويعتق ما اعتقه من كسبه ويغرم المولى قيمته لغرمائه لان
سبب الملك في كسب المأذون موجود وهو ملك رقبته فان ملك الرقبة
اصل وملك الكسب تبع له والملك الاصلي علة للملك التبعي ولهذا يملك اعتاق
المأذون ووطي الامة المأذونة لها وكل من الاعتاق وحل الوطي دليل على
كمال ملك الرقبة فكان سبب الملك في الكسب موجودا على الكمال فيملكه وينفذ
فيه اعتاقه فان قيل سلمنا ذلك لكن استغراق الدين مانع عنه كما في التركة
فان الدين لو استغرقها لا ينفذ اعتاق الوارث عبدا من التركة مع ان سبب الملك
موجود فيها على الكمال وهو الانتقال من المورث الى الوارث قلنا ان الملك
انما يثبت للوارث نظرا للمورث بايصال ماله الى اقرب الناس اليه ولهذا يقدم
الاقرب فالاقرب ولا نظر للمورث في ذلك عند احاطة الدين بتركته بل النظر

في

في قضاء دينه لانه فرض عليه والميراث صلة فلا ملك للوارث عند استغراق الدين
وعتق له ايضا بخلاف ملك المولى في رقبة العبد المأذون فانه ثابت لا محالة
بدليل صحة اعتاقه وحل وطي الامة المأذونة فيملك كسبه واعتاق عبد من
ايضا ولابي ح ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد اذا فرغ عن حاجته
كملك الوارث ثبت خلافة عن المورث عند فراغه عن حاجته والمال الذي
احاطه به الدين مشغول بحاجة العبد فلا يخلفه فيه كما في التركة وفي
الثاني نقل في العناية عن شرح الجامع الصغير ان عتق المولى عبدا من كسب
المأذون في هذه الصورة جائز ويلزمه انه يملك رقبته ايضا لم يذكر
صاحب الهداية هذه الصورة وكذا المص وفي الثالث يملك المولى كسبه
ينفذ عتقه عبدا من كسبه بالاتفاق لوجود المقتضي وارتفاع المانع ويصح
بيعه اي بيع العبد المأذون الذي لزمته ديون شيئا من كسبه من سيده
بمثل القيمة لانه ح منهم فيجوز وانما قيدنا المأذون بالذي لزمته ديون
لانه اذا لم يكن عليه دين لم يصح بيعه من سيده ولو بمثل القيمة لان بيعه
من سيده انما صح لكونه اجنبيا من كسبه فيما اذا كان عليه دين واما اذا لم يكن
عليه دين فلم يكن المولى اجنبيا من كسبه فلا يصح بيعه منه كذا في العناية
وكذا لا يصح بيع سيده منه كذا في شرح النقاية لا باقل من مثل القيمة
لانه متهم في حق المولى بميله اليه عادة بخلاف ما اذا باع من اجنبي فانه يصح
مطلقا سواء كان بمثل القيمة او باقل منها لعدم التهمة فيه ولو سلم فهي موهومة
لا محققة اذ لا دليل عليها في الاجنبي بخلاف ما اذا باع المريض شيئا من ماله
من وارثه لا ينفذ سواء كان بمثل القيمة او لا لان حق بقية الورثة تعلق بعينه
حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته فلا يملك المورث بيعه واما حق
الغرماء فقد تعلق بالمالية لا بالعين فافترقا وقال ابو يوسف ومحمد ان بيعه
من مولاه جائز ولو بغبن فاحش ولكن يخير المولى بين ان يزيل الغبن وبين
ان ينقض البيع لان في المحاباة ابطال حق الغرماء في المالية فيتضررون
به بخلاف بيعه من الاجنبي بالغبن اليسير فانه جائز ولا يؤمر المشتري بازالة

الغبن علي ما في الزيلعي ويصح بيع سيده منه اي من العبد المأذون بمثلها اي بمثل
القيمة وكذا باقل لا باكثر منها لان المولى اجنبي عن كسبه كسب عبده المأذون
المديون فيصح بيعه منه بمثل القيمة او باقل منها لعدم التهمة وفيه نفع للغرماء لا باكثر
منها للتهمة فيه فلو باعه المولى من عبده المأذون المديون باكثر يحط الزائد ولو
كان الزائد يسيرا صيانة لحق الغرماء او ينقض البيع قبل الخيار بين نقض البيع و
حط الزائد قول الامامين واما عند الح فالبيع باكثر من القيمة فاسد وان
اسقط الزائد وكان الزائد يسيرا كذا في شرح النقاية نقلا عن المحيط فان
سلم سيده اليه اي الى العبد المأذون المديون المبيع قبل نقد الثمن اي من العبد
المأذون سقط الثمن من ذمة العبد ويملك المبيع مجانا يعني لو باع السيد
من عبده المأذون المديون وسلم المبيع اليه قبل قبض الثمن منه فلا يطالب
العبد بشيء من الثمن ولا من المبيع لانه بتسليم المبيع اليه سقط حق حبسه للثمن
فلا يجب على عبده دين من جهته فخرج المبيع من يده مجانا بخلاف ما اذا كان الثمن
عرضا حيث يكون المولى احق به من الغرماء اذ هو ليس بدين يجب في ذمة العبد
ويجوز ان يكون عين ملكه في يد عبده وهو احق به من الغرماء كما لو غصب
العبد شيئا من ماله او اودع ماله عند عبده او قبض العبد المبيع بغير اذن
المولى فان المولى احق بالعين من الغرماء في هذه الصورة فكذا فيما اذا كان الثمن
عرضا وبخلاف ما اذا باع العبد من سيده فسلم اليه المبيع قبل قبض الثمن من المولى
حيث لا يسقط الثمن من المولى لانه يجوز ان يثبت للعبد المأذون له دين على مولاه
الا ترى انه لو استهلك المولى شيئا من اكساب عبده المديون ضمن للعبد قيمته
هذا جواب ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان للمولى ان يسترد المبيع من العبد
المأذون ان كان قائما في يد العبد ويحبسه حتى يستوفي الثمن لانه
لم يسقط حقه من العين لانه شرط ان يسلم له الثمن ولم يسلم فبقي حقه في
العين على حاله ليتمكن من استرداده ما بقي العين قائما في يده واما بعد
الاستهلاك فقد صار دينا في ذمة العبد والمولى لا يستوجب الدين على عبده
كذا في الزيلعي وله اي للمولى ان لا يسلمه اي المبيع حتى يأخذ ثمنه من العبد

لان

لان البيع لا يزيل يد البائع ما لم يصل اليه الثمن فيبقى ملك اليد للبائع حتى يستوفي
الثمن ولهذا كان احق به من سائر الغرماء قبل التسليم الى المشتري واما اذا سلمه
فقد اسقط حقه في الحبس ويضمن السيد باعتاقه عبده المأذون حال كون
المأذون مديونا سواء كان دينه مستغرقا له او لم يستغرق لان ملك الرقبة
ثابت وبقاء العتق يبتني عليه فيصح عتقه بالاجماع وانما الخلاف في صحة اعتاق
عبده من كسبه المأذون على ما تقدم فاذا صح عتقه يضمن الاقل من قيمته ومن
الدين دفعا للضرر عن الغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم والعتق لا يقبل الفسخ
فلزمه الضمان بالضرورة دفعا للضرر عنهم فاذا كان الدين اقل من قيمته ضمن الدين
لا غير لانه حقهم وان كان القيمة اقل من الدين ضمن قيمته بالغة ما بلغت لان
حقهم تعلق بماليته فضمنها كما اذا اعتق الراهن المرهون بخلاف ما اذا كان العبد
المأذون له مدبرا او ام ولد حيث لا يجب الضمان على المولى باعتاقهما للغرماء
لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يضمن شيئا وهل يلزم
علم السيد بالدين في وجوب الضمان عليه بسبب اعتاقه ففي الزيلعي
والعناية ان السيد يضمن الاقل من قيمته ومن الدين باعتاقه سواء كان السيد
علم بالدين او لم يعلم بمنزلة اتلاف مال الغير لما تعلق به حق الغرماء بيعا واستيفاء
ثمنه وضمان الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب ازيد من مقدار ما
اتلفه ويبقى الزائد على المتلف من الدين الى ما بعد العتق بخلاف اعتاق العبد
الجاني حيث يجب على المولى جميع الارش ان كان اعتاقه بعد علمه بالجناية لان
الواجب فيه انما وجب على المولى وهو مخير بين الفداء والدفع فيكون بالاعتاق
مختارا للفداء عالما ولا كذلك فيما نحن فيه لان المولى ليس وجب عليه شيء من دين
المأذون وانما يضمن باعتبار تفويت حقهم كاتلاف مال الغير وذلك لا يختلف
بالعلم وعدمه وما زاد من دينه اي من دين العبد المأذون على قيمته طولب به
معتقا اي بعد عتقه لما ذكرناه انه ضمان اتلاف وضمان الاتلاف لا يوجب
ازيد مما اتلفه فيبقى الزائد من الدين على قيمته الى ما بعد العتق وان باعه اي باع المولى
العبد المأذون المديون بدون اذن الغرماء بثمن غير واف بديونهم وقبضه المشتري

وهو اى العبد الماذون مديون مستغرق اى يحيط دينه برقبته وماله وغيبه
اى العبد الماذون مشتريه فللغرماء اجازة بيعه واخذ ثمنه من المشترى ان لم يسلمه
الى البايع ان قبض الثمن او تضمين اى شاؤا من السيد او المشترى قيمته اما تضمينهم
قيمته فلان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم ان يبيعوه بدينهم ان لم يقض المولى ديونهم
وقد اتلفاه فوجب الضمان بالاتلاف واما وجوبه على البايع فلاتلافه بالبيع
والتسليم واما على المشترى فلاتلافه بالقبض والتغييب واما خيار التضمين بينهما
فلوجود سبب الضمان منهما على السواء واما اجازتهم فلان الحق لهم فلهم الاجازة بخلاف
ما لو كان بيع المولى باذنهم حيث لا يضمن المولى هناك شيئا كان في صورة اجازتهم
البيع وكذا اذا كان في الثمن وفاء بدينهم ووصل اليهم الثمن لا ضمان لحصول
الحق واذا كان الدين على الماذون مؤجلة الى اجل فباعه المولى باكثر من قيمته
او اقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فاذا حل ضمنوه قيمته
لانه اتلفه عليهم محل حقهم وهى المالية ولهذا قيدنا الدين بالحال فان ضمنوه
اى الغرماء السيد ثم رد عليه بعيب رجع اى السيد عليهم اى على الغرماء بالقيمة
وعاد حقهم اى حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان وهو البيع والتسليم قد زال
فصار كالغاصب اذا باع المغصوب وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بعيب كان له
ان يرد المغصوب على المالك ويرجع بالقيمة التى دفعها الى المالك ثم المشترى ان كان
رده على السيد قبل قبضه يرجع السيد عليهم مطلقا ان رد عليه بخيار الرؤية
والشرط واما ان رده عليه بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد
ولا للمولى على القيمة التى ضمنها لان الرد بالتراضى اقالة وهو بيع جديد في غيرهما
ولم يذكر حكم تضمينهم المشترى وحكمه انهم ضمنوا المشترى رجع المشترى على البايع لان
اخذ القيمة منه كاخذ العين منه والحاصل ان الغرماء في هذه المسئلة مخير
بين ثلثة احوال اجازة البيع واخذ الثمن وتضمين البايع او تضمين المشترى فان اختاروا
الاجازة فلا تضمين لهم بعده وان اختاروا ضمان البايع فحكمه ما ذكر في الكتاب
وان اختاروا ضمان المشترى فحكمه ما ذكرناه ثم انهما اختاروا في التضمين برئ
الاخر حتى لا يرجعون اليه بعده وان هلكت القيمة عند الذى اختاروه في التضمين

لان المخير بين الشيئين اذا اختار احدهما تعين حقه فيه وليس له ان يختار الاخر بعده
كذا في الزيلعى وان باعه اى وان باع السيد العبد الماذون المديون واعلم بكونه
مديونا بان قال للمشترى هذا العبد الذى ابيعه منك مديون يريد به سقوط
خيار المشترى في الرد بعيب الدين ليكون البيع لازما بينهما وان لم يكن لازما في حق
الغرماء فللغرماء رد المبيع ان لم يصل ثمنه اليهم لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعا
او البيع واستيفاء الدين من ثمنه وبيع السيد فاتت هذه الخيرة فكان لهم حق
الرد وباعلام السيد بكونه مديونا لم يلزم البيع في حق الغرماء وانما يلزم في
حق العاقدين اعنى السيد والمشترى فثبت لهم حق الرد خاليا عن المانع وان وصل
اليهم ثمنه ولا محاباة في البيع فلا اى ليس لهم ان يردوا البيع لوصول حقهم اليهم
فان قيل ان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع وذلك بان كان البيع
بمثل القيمة لا يستلزم انتفاء الرد لهم لجواز ان يصل اليهم الثمن ولا محاباة
في البيع لكن لا يفى بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون
قلنا انهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد فان قيل
فعلى هذا الجواب لا فائدة في قوله ولا محاباة في البيع لانهم اذا قبضوا الثمن
ورضوا به سقط حقهم وان كان في البيع محاباة قلنا المراد بقوله ولا محاباة
ان الثمن يفى بديونهم فمعنى كلامه لهم رد البيع ان لم يصل اليهم الثمن الوافى وان
وصل اليهم الثمن الوافى فلا فان قيل اذا باع المولى عبده الجانى بعد العلم
بجنايته كان مختارا للفداء فما بال هذا لا يكون مختارا بالبيع قضاء الديون
من ماله قلنا ان موجب الجناية لزوم دفع العبد على المولى الجناية على المولى فاذا تعذر
عليه الدفع بالبيع طولب بالفداء لبقاء الواجب عليه واما الدين ههنا فهو
واجب في ذمة العبد الماذون بدليل انه لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق
حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة القبول ان
قضى دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه فان غاب البايع اى لو باع المولى
عبده الماذون وقبضه المشترى ثم غاب البايع فالمشترى ليس خصما لهم اى للغرماء
ان انكر المشترى الدين قيد بانكار المشترى لان المشترى اذا اقر بدينهم وصدقهم

في الدعوى كان لهم ان يردوا البيع بالاتفاق وعند ابي يوسف هو خصم ويقضي
على المشتري لهم للغرماء بالدين لانه يدعي الملك فيه لنفسه فيكون خصما لكل من
ينازعه فيه ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ
قضاء على الغائب فلا يجوز قال فخر الاسلام وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل
دارا لها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان
الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا لابي يوسف وروي عنهما مثل قول ابي يوسف
ايضا ومن قال اي قدم مصرا وقال انا عبد فلان فاشترى وباع اي مع اهل المصر
فحكمه كالمأذون اي لزمه كل شيء من التجارة كما لزم المأذون يعني يقبل قوله
في الاذن في حق كسبه حتى يقضي دينه من كسبه وهذه المسئلة على
وجهين احدهما ان يخبر بعد ان قال انا عبد فلان بان مولاه قد اذن له فيصدق
في قوله هذا استحسانا عدلا كان او غير عدل والقياس ان لا يصدق الا
بحجة لانه اخبر عن امرين احدهما الخبر انه مملوك وهذا اقرار منه على نفسه فيقبل
والثاني اخبر انه مأذون له في التجارة وهذا اقرار على المولى فلا يقبل بلا حجة
ولانه يدعي الاذن وقد قال عم البينة على المدعي وكذا القياس ان يشترط العدالة
في المخبر لانه بالعدالة يترجح جانب الصدق وجه الاستحسان ان الناس
يعاملونه من غير اشتراط شيء من الحجة على قوله والعدالة واجماع المسلمين حجة
يخص بها الاثر ويترك بها القياس ولان في ذلك ضرورة وبلوى فان
الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن وما ضاق
على الناس اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته وكذا على هذا من القياس
والاستحسان دعوى الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة وما اشبهها
والثاني ان يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء منه فالقياس فيه ايضا ان لا يثبت
الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر انه مأذون له
لان عقله ودينه يمنعانه من ارتكاب المحرم فوجب حمله عليه لوجوب حمل امر
المؤمنين على الصلاح ما امكن فالعمل بدليل الظاهر هو الاصل في المعاملات
دفعا للضرر عن العباد فلا يشترط فيه الاخبار انه مأذون له بل يكتفى بظاهر

حاله فاذا ثبت انه مأذون له بظاهر حاله صحت تصرفاته حتى يظهر خلاف ذلك ولزمته
الديون فيستوفى من كسبه وان لم يف الكسب بالدين لا يباع في الدين
واليه اشار بقوله الا انه لا يباع في الدين ما لم يقر سيده باذنه لان ملك
المولى في الرقبة ثابت فلا يصدق في اقراره عليه بلا حجة ولا يلزم من
وجوب الدين ان يباع به الا ترى ان المدبر وام الولد لا يباع بالدين بخلاف
الكسب لان المولى لا يملكه ما دام مشغولا بحاجة العبد وانما يخلفه في الفاضل
عن حاجته فان حضر المولى واقر بالاذن بيع بالدين لظهور الدين في
حقه باقراره فان قال هو محجور عليه فالقول قوله لتمسكه بالظاهر فلا يباع
الا اذا اثبت الغرماء الاذن منه بالبينة فح يباع لان الثابت بالبينة كالثابت
عيانا **فصل** لما فرغ من احكام العبد المأذون شرع في بيان احكام الصبي
المأذون والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا اذن له المولى كان
كالعبد المأذون في نفوذ التصرف وعدم التقييد بنوع وصيرورته مأذونا
بالسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك من الاحكام وقد ذكرنا بعض
احكام الصبي في كتاب الهبة ولنذكر بعضه ههنا في اثناء شرح كلام المص
تصرف الصبي ان نفع له نفعا محضا كالاسلام وقبول الهبة صح بلا اذن المولى
قال في العمادي لا خلاف ان الايمان لا يجب على الصبي ولكنه اذا اسلم يصح اسلامه
وعند الشافعي لا يصح وقال في التجريد استثنى فخر الاسلام من العبادات
الايمان فاثبت اصل وجوبه في الصبي لا الاداء فاذا اسلم عاقلا وقع
فرضا فلا يجب تجديده بالغا كتعجيل الزكوة بعد السبب ونفاه شمس الائمة
لعدم حكمه فاذا وجد وجد والاول اوجه انتهى وتفصيل هذا ذكرناه في
الاصول واما بيان سائر العبادات المالية والبدنية فقد ذكرناه في كتاب
الهبة وان ضر كالطلاق والعتاق فلا يصح ولو وصيه باذن المولى لان اذن
المولى لا يؤثر فيما يضره لان تصرفه نظري ولا نظر له فيما يضر وان احتملها اي
النفع والضرر كالبيع والشراء صح بالاذن لا بدونه وقال الشافعي لا يصح ولو بالاذن
لان حجره لصيانة نفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم بقاء المعلول

لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه لكونه
راضيا بتصرفه ح ولان الصبي مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى
عليه لا يكون وليا للمنافاة بينهما لان كونه موليا عليه سمة العجز وكونه وليا
سمة القدرة فصار كالطلاق والعتاق في عدم الصحة من الصبي وان اذن له الولي
بخلاف الصوم النفل والصلوة النافلة لانهما لا يقومان بالولي فيصحان منه وكذا
وصيته في ابواب الخير صحيح لعدم قيامها بالولي وكل تصرف لا يتحقق من الولي في
حقه صح تصرفه فيه بنفسه بلا اذن الولي اما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة
في تولي الصبي بنفسه اياهما فلا ينفذ من الصبي ولو بالاذن والحاصل ان كل
تصرف لا يمكن صدوره من الولي فيصح من الصبي ضرورة بلا اذن وكل تصرف
يمكن صدوره من الولي فلا يصح من الصبي لعدم الضرورة كما في البيع والشراء
ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله ووقع في محله عن ولاية شرعية
فوجب تنفيذه اما انه تصرف شرعي فلان الله تعالى احل البيع وحرم الربوا من غير
فصل بين البالغ والصبي واما انه صدر من اهله فلانه عاقل مميز يعلم ان البيع
سالب للمبيع جالب للثمن والشراء عكسه ويعلم الغبن اليسير من الفاحش لان
الكلام في مثل هذا الصبي والاهلية لمثل هذا التصرف يكون كذلك واما انه
وقع في محله فلكون المبيع مالا متقوما واما انه صدر عن ولاية شرعية فلانه
صدر باذن وليه والولي له هذا التصرف فكذا من اذن له ولهذا ان الولي لما لم يكن
له حق الطلاق والعتاق لا يملك الاذن بهما ايضا ولانا نعلم ان حجر الصبي ليس لصباه نفسه
بل لعدم هدايته في امور التجارة فصار كالعبد في كون حجره لغيره لا لذاته
وهو حق المولى فاذا اذن له المولى زال ذلك المانع لانه لو لم يكن هاديا في امور
التجارة لما اذن له الولي فيصح تصرفه كالعبد المأذون له لزوال المانع اعني
حق المولى لاسقاطه بالاذن فان قيل لا نم ثبوت الهداية في امور التجارة
باذن الولي حتى يزول المانع كيف لو ثبت الهداية باذن الولي لم يبق الولي وليا بعده
مع انه ولي ايضا كما كان قلنا بقاء ولايته بعد ثبوت الهداية للصبي بالاذن لامرين
احدهما للنظر للصبي فان الصبا من اسباب المرحمة والثاني لاحتمال تبدل حال الصبي

من الهداية الى غيرها فابقينا ولاية الولي لتداركه ذلك فاذا اذن للصبي في التجارة
ابوه او جده عند عدمه اي عدم الاب يشير به الى ان المراد بالجد هنا اب الاب
او وصي احدهما اي وصي الاب او الجد وهذا الترتيب ليس بمراد لان وصي الاب مقدم
على الجد فالاولى ان يقول ابوه او وصيه او جده او وصيه او القاضي ووصي
القاضي مثل القاضي عند عدم القاضي ثم الوالي والمراد بالوالي هنا امير كبير له تقليد
القضاء لا امير البلدة هكذا ذكره في العناية وقدم الوالي في الزيلعي على القاضي
وهو الظ وما عدا هذه الاولياء من العصبة وغيرها كالعم والاخ والام ووصيها
وصاحب الشرط اي امير البلدة لا يصح اذنهم للصبي لانه ليس لهم ان يتصرفوا في
مال الصبي بتجارة فكذا لا يملكون الاذن له فيها والاول يملكون الصبي في التصرف
في مال بتجارة فكذا يملكون الاذن له فيها فحكمه اي حكم الصبي المأذون له حكم العبد
المأذون في نفوذ تصرفه وغيره من الاحكام على ما ذكرناه في اول الفصل
وغيرها بشرط ان يعقل الصبي كون البيع سالبا للملك اي المبيع والشراء جالبا له
اي للملك فلو اقر بما في يده من كسبه بان يقول ان ما في يدي من الكسب
غصبته من فلان او وديعة فلان او انه استهلك مال فلان ولزمني كذا درهما
او ارثه بان يقول ان ما ورثته من ابي لفلان صح لانه باذن الولي التحق بالبالغ
فصح اقراره والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بالمعنى المذكور بمنزلة الصبي فيصير
مأذونا باذن الاب ووصيه والجد ووصيه والوالي والقاضي دون غيرهم من
الاقارب وصح اذن الوصي او القاضي لعبد اليتيم وكذا للصبي نفسه ان ياذن
لعبده وكذا المعتوه كذا في الزيلعي **كتاب الغصب** هو ازالة اليد المحقة
اي التي لها حق باثبات اليد المبطلة في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير
اذن مالكه وهذه القيود لا بد منها في تعريف الغصب ثم الاصل هو الازالة
لا الاثبات حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب وثمرة البستان اذا هلكت
بغير صنع وتعد لعدم ازالة يد المالك لان الازالة لا بد فيها من الصنع وان
كان فيها اثبات اليد المبطلة ولا يضمن ايضا ما صار مع المغصوب بغير صنعه
كما اذا غصب دابة فتبعها اخرى او ولدها فهلكت لا يضمن التابع لعدم ازالة يد

المالك ايضا لعدم صنعه فيه وكذلك لو حبس المالك نفسه عن مواشيه حتى
ضاعت لا يضمن لعدم ازالة يد المالك لعدم اثبات اليد المبطلة ايضا وكذلك
لا يضمن غير المتقوم كالخمر والخنزير وغير المال المحترم كمال الحربي في دار الحرب ولا
ما لا يقبل النقل كالعقار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد الغصب هو تفويت
يد المالك لا غير والمراد بالازالة هي الازالة علنا ليخرج السرقة والمراد بالمالك
المالك ليخرج يد المرتهن والمستعير كما في شرح النقاية وقال الشافعي هو اثبات
يد العدوان لا غير حتى يجري الغصب والضمان في العقار عنده لصدق تعريفها
عليه ولا يجري في زوائد الغصب عند محمد لعدم صدق تعريفه عليه ويجري عند
الشافعي لصدق تعريفه عليه وسيظهر لك تفصيله فاستخدام العبد ولو
مشتركا وحمل الدابة ولو مشتركة غصب حتى لو هلكا ضمن القيمة ونصيب الشريك
لوجود ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وكذا لو ارسل العبد في خدمته
بغير رضى مالكه او ركب الدابة او ساقها بغير رضى صاحبها يضمن لما ذكرناه وفي
الذخيرة ركب دابة غيره فتلفت ضمن ساقها او لم يسقها في ظاهر الرواية وفي
رواية الحسن يضمن اذا ساقها وكذا لو وضع شيئا في طريق المسلمين فتلف منه شيء
ضمن ان لم يزل عن موضعه كما في ضمانات الفصولين وضع في طريق لا يملك
شيئا فتلف به شيء ضمن ولو زال ذلك الشيء الى موضع اخر فتلف به شيء برئ واضعه
والاصل فيه كل موضع كان للواضع حق الوضع فيه برئ على كل حال ولو لم يكن
له حق الوضع ضمن لو لم يزل عن محل وضعه لا بعدما زال عنه بمزيل كوضع جمرة
في طريق فازالها الريح عن محلها فاحرقت شيئا لا يضمن الواضع وهذا لانه
قبل زوال الامر يتحقق فيه الغصب لا بعده وكذا لو ربط حماره في طريق المسلمين
فاصاب ذلك الحمار دابة انسان ضمن لان ربطه جناية كذا في العمادية و
قال العمادي نقلا عن فتاوى رشيد الدين اذا امر عبد غيره بالاباق او قال
له اقتل نفسك ففعل العبد ذلك يجب عليه قيمة العبد ولو قال له اتلف مال
مولاك فاتلف لا يضمن الامر وهذا لانه بامره بالاباق او القتل صار غاصبا
لانه استعمله في ذلك الفعل اما بالامر باتلاف مال المولى لا يصير غاصبا للمال

المولى وانما يصير غاصبا للعبد والعبد المغصوب قائم لا هالك فلا يضمن شيئا وفي غصب
الصغرى من استعمل عبد الغير بغير رضاه وهلك من ذلك العمل يضمن وكذا
لو كان ذلك العبد وديعة عند المستعمل وذكر في قسمة الصغرى عبد بين
اثنين استخدمه احدهما بغيبة صاحبه فمات في خدمته لا يضمن وفي
الدابة يضمن وفي نوادر هشام انه يضمن وفي العبد ايضا وذكر في بعض
اصول الفقه ان التصرف في الجارية المشتركة لا يوجب الضمان كالاستخدام
وان كان لا يحل له وطؤها وقال صاحب الذخيرة من استعمل عبدا مشتركا
او حمارا مشتركا بينه وبين غيره يضمن نصيب شريكه ولو استعمل عبد غيره بغير
امره وهلك يضمن قيمته سواء علم انه عبد الغير او لم يعلم وكذا لو قال العبد
انا حر فاستعمله ثم ظهر انه عبد يضمن علم او لم يعلم وكذا لو قال انا عبد فاستعملني
في عمل فاستعمله وهلك من ذلك العمل وظهر انه عبد يضمن علم او لم يعلم
ولكن هذا اذا استعمله في عمل نفسه واما اذا استعمله في عمل غيره لا يضمن
لانه لا يصير به غاصبا كما لو قال العبد الغير ارتق هذه الشجرة وانثر المشمش
لتأكله انت فسقط وهلك لا ضمان على الامر ولو قال لنأكله انت وانا افتى
قاضيخان انه يضمن قيمته قيمة العبد كله لانه استعمل كله في منفعته وقال
صاحب المحيط في غلام حمل كوز ماء لينقل الى بيت مولاه باذنه فدفع اليه
رجل كوزه ليحمل ماء له من الحوض بغير اذن المولى فهلك العبد في الطريق
يضمن ذلك الرجل نصف قيمته ثم قال انه يضمن كل قيمة العبد كما قال في
قاضيخان في المسئلة المذكورة من قبل وعلله صاحب [illegible] بان فعل
ذلك الرجل صار ناسخا لفعل المولى فيصير غاصبا كل العبد ولو امر عبد غيره
باستهلاك مال انسان فاهلك فالمولى يضمن ثم يرجع على الامر لان الامر
صار مستعملا للعبد فصار غاصبا له وكذا لو امر صبيا باستهلاك مال انسان
فالصبي يضمن ما اتلفه ويرجع على الامر بقي انه لو استعمل عبد غيره بغير رضاه
ففرغ من الاستعمال وتركه في مكانه الذي اخذه منه ثم هلك العبد
فهل يضمن ام لا قالوا ينبغي ان يكون الجواب فيه كالجواب فيما اذا غصب دابة رجل

من الاصطبل ثم ردها الى الاصطبل ولم يردها على المالك ففيه روايتان في رواية
يبرا وفي رواية لا يبرا فكذلك في العبد ان استعمله في غيبة المالك
بغير رضاه وان استعمله بحضرة المولى فلم يرده الى المالك لا يبرا البتة كما لو
غصبه من يد المالك بقي انه اذا غصب عبدا ومعه ثياب ومال المولى فهل يكون غاصبا
للمال والثياب ايضا قالوا نعم لان الثياب والمال تابع للعبد وقد وجد
فيه ازالة اليد المحقة ايضا بخلاف ما اذا غصب حرا ومعه مال فانه لا يكون
غاصبا للمال لانه تحت يد الحر فلم يزل اليد المحقة وبخلاف ما اذا غصب دابة
وتبعها ولدها فانه لا يضمن الولد كما ذكرناه من قبل لا الجلوس على البساط لعدم
ازالة اليد المحقة لان الجلوس عليه ليس بتصرف فيه ولهذا لا يترجح عليه بالجلوس
عليه على المتعلق به عند تنازع الرجلين فلم يصر بالجلوس عليه في يده والبسط
فعل المالك فتبقى يد المالك فيه ما بقي اثر فعله لعدم ما يزيل يده بالنقل والتحويل
ان لم يوجد النقل والتحويل من الغاصب فلم يوجد فيه ازالة اليد المحقة واثبات
اليد المبطلة وحكمه اي حكم الغصب الاثم لمن علم والا فلا اثم لان الخطا موضوع
ووجوب رد عينه في مكان غصبه ان كانت العين باقية مثلية كانت او قيمية
ولو بعد الابراء عنه والضمان لو هلكت العين اما وجوب الرد فلانه حق العبد
فيستوجب الرد واما رده في مكان غصبه لان المالية تختلف باختلاف
الاماكن ولهذا تتفاوت القيمة به حتى لو كانت قيمته في بلدة الخصومة اقل
من قيمته في بلدة الغصب فيكون للمغصوب منه خيارات ثلث ان شاء انتظر
وان شاء رضي به وان شاء اخذ قيمة المغصوب في مكان الغصب يوم الخصومة
على ما في العمادي واما رد عينه ما دامت العين باقية فلان رد العين هو
الموجب الاصلي على ما قالوا لانه اعدل واكمل في رد الصورة والمعنى ورد القيمة
او المثل مخلص له فيصار اليه عند تعذر الاصل وهو رد العين فما امكن رد
العين بان كانت باقية يطالب به حتى لو اتى بالقيمة او المثل لا يعتد به لكونه
قاصرا ولهذا يبرا الغاصب برد العين من غير علم المالك بان سلمه اليه من جهة
اخرى كما اذا وهبه له او اطعمه اياه فاكله المالك ولا يدري انه ملكه ولو لم يكن

هو

هو الواجب الاصلي ما برء الا اذا علم وقبضه عنه كما في قبض المثل او القيمة وقيل
الموجب الاصلي هو المثل او القيمة ورد العين مخلص ولهذا لو ابراه عن ضمانها او
عن دعواها حال قيام عين المغصوب يصح ويبقى العين امانة في يد الغاصب والابراء
عنها وعن دعواها محمول على الابراء عن ضمانها حتى لا يجب عليه الضمان بعده بالهلاك
ويصح دعواه بعد الابراء ما دام باقيا والابراء عن العين لا يصح قلنا ان الواجب
هو المثل او القيمة لا العين وكونه لا يصار اليه مع القدرة على رد العين مسلم
ولكن لا يقتضي كونه موجبا اصليا الا ترى ان الموجب الاصلي هو الظهر والجمعة
خلف عنه مع انه لا يصار اليه الى الظهر الا عند تعذر الجمعة فلو كان الامر ما ذكرتم
لزم ان تكون الجمعة موجبا اصليا وانما يبرا الغاصب بالتسليم الى المالك من غير
علمه لتعينه لان حقه متعين بالعين بخلاف المثل والقيمة لان حقه غير متعين
في المقبوض بل حقه في مثله او قيمته من اي عين كان وذلك لا يتعين الا
باتفاقهما لاختلاف الناس في معرفة الامثال والقيم ولا كذلك العين لان
حقه غير متعين فيها فاي طريق وصل ناب عن الواجب عليه ففي المثلي
قال في الدرر المراد بالمثلي ما يوجد له مثل في الاسواق بلا تفاوت بين اجزائه
يعتد به وما لا يكون كذلك فهو قيمي ثم المثلي قد يكون مصنوعا بحيث يخرجه
الصنعة عن المثلية بجعله نادرا بالنسبة الى اصله كالقمقمة والقدر والابريق
فيكون قيميا وقد يكون مصنوعا بحيث يخرجه الصنعة عن المثلية لبقاء كثرته
وعدم تفاوته كالدراهم المضروبة والدنانير انتهى فظهر منه ان اختلاف
الضربة لا يخرج المضروب من المثلية بعد ان يتحد الجنس كالكيلي والوزني
والعددي المتقارب يجب مثله لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى
عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل اذا اطلق ينصرف الى ما هو مثل
صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى اعدل لما فيه من مراعاة الجنسية
والمالية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل
مالية الحنطة المغصوبة وان كان فيها جودة لان الجودة ساقطة العبرة في
الربويات فكان اعطاء المثل ادفع للضرر فان الغاصب قوت على المغصوب منه

الصورة والمعنى فالحاصل انه يبدا ذكره بما هو مثل صورة ومعنى مثل المثلي بالكيلي
والوزني والعددي المتقارب واطلقه وقال في العمادي نقلا عن ابي اليسر
ليس كل مكيل ولا كل موزون مثليا انما المثلي من المكيلات والموزونات ما هو
متقارب واما ما هو متفاوت فليس بمثلي فكان الكيلي والوزني والعددي سواء
في اعتبار التقارب وهكذا ذكره في الفصولين ايضا ثم قال اقول في الزعفران
يجب ان يكون كذلك وقال اقول بين السويق والسويق تفاوت فاحش بسبب
القلي فصار كالخبز فلا يكون امثالا متساوية واختلفوا في الخبز قيل انه من
المثليات وقال في قاضيخان في جامعه الصغير انه من القيمي في ظاهر الرواية
وفي غصب الذخيرة استثنى مشايخنا من الموزونات الناطف للبزر والدهن
والمربى وقالوا الضمان القيمة فيها لان الناطف متفاوت بتفاوت البزر وكذلك
الدهن المربى وذكر صاحب المحيط في جامعه الصغير العدديات المتقاربة
كلها من ذوات الامثال كيلا وعددا ووزنا وعند زفر العدديات كلها من
ذوات القيم وما يتفاوت احاده في القيمة فهو عددي متفاوت فليس بمثلي
وما لا يتفاوت احاده وانما يتفاوت انواع كالباذنجان فهو متقارب مثلي
فعلى قياس هذا ينبغي ان يكون البصل والثوم مثليين وذكر شيخ الاسلام
في المبسوط انها من العددي المتفاوت وصغير البيض وكبيره سواء بعد ان
كان من جنس واحد وذكر سيد الدين ان النحاس من ذوات القيم وان كان
وزنيا وذكر شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرحه والصحيح ان النحاس والصفر
مثليان وذكر في العمادي اللبن من ذوات الامثال واللحم مثلي عندهما قيمي
عند ح والتفاح والكمثرى والخوخ مثلي لانها عددي متقارب والعنب مثلي
وكذا الزبيب والتمر وقيل العنب قيمي والخل والعصير مثليان وكذا الدقيق والنخالة
والجص والنورة والقطن والصوف وغزله والتبن جميع انواعه مثلي وقال
فيها ايضا الرياحين الرطبة والبقول والخشب واوراق الاشجار والحطب
والحصير والبواري والادم والصرم والجلود كلها من ذوات القيم ولهذا لا يكون
السلم فيها وكذا لا يجوز استقراضها واما الرياحين اليابسة التي تكال او توزن

فمضمونة

فمضمونة بالمثل عنده فيجوز السلم والقرض فيها والدرة من ذوات القيم تدل عليه
مسائل ذكرها في غصب قاضيخان حيث قال وكذا الدجاجة اذا ابتلعت لؤلؤة
وقيمتها سواء فان كانت قيمة اللؤلؤة اكثر كان لصاحب اللؤلؤة ان يتملك
الدجاجة بقيمتها ولو اراد صاحب الدجاجة ان يعطي قيمة اللؤلؤة كان له ذلك
ثم قال بعده وفيه رجل ابتلع درة رجل ومات فان ترك مالا يعطى الضمان من
تركته وان لم يدع لا يشق بطنه وان كان حيا يقضى قيمتها ولا ينتظر الى ان يخرج
فان انقطع المثل في المثليات اي عن ايدي الناس وقيل عن الاسواق التي يباع ذلك
فيه يجب قيمته اي قيمة المتلف المثلي يوم الخصومة عند ح لان الواجب عليه بالغصب
هو المثلي وهو باق في ذمته ما لم يقض القاضي بالقيمة ولهذا لو صبر الى ان يعود
المثل كان له ذلك وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء حتى لا يعود الى المثلي بوجوده
بعد القضاء بالقيمة وتعتبر قيمته وقت الانتقال من المثل اليها وهو وقت الخصومة
وعند ابي يوسف يوم الغصب لان المثل لما انقطع التحق بذوات القيم وفيها
تعتبر القيمة يوم الغصب فكذا فيما التحق بها وهذا لان القيمة خلف عن المثل في
المثليات والخلف يجب بما يجب به الاصل فوجب القول بوجوبها بالغصب كالمثل
وعند محمد يوم الانقطاع لان المثل لما كان هو الواجب في المثلي بالغصب
لا ينتقل منه الى القيمة الا بالعجز عن الاصل والعجز عنه يحصل بالانقطاع فتعتبر
قيمته يوم الانقطاع واختلف في التصحيح والاختيار وصحح صاحب الخزانة والتحفة
قول ح وقال صاحب النقاية والنهاية قول ابي يوسف اعدل الاقوال وهو المختار
وفي التاتارخانية وعليه الفتوى وفي شرح النقاية افتى كثير من المشايخ
بقول محمد ولم يذكر المص انه هل يلزم ذكر مكان الغصب عند الدعوى ففيه تفصيل
وقال في العمادي غصب شيئا فطالبه ربه في بلد اخر فان كان المغصوب
قائما فالمغصوب منه يأخذه مثليا كان او قيميا الا اذا كانت قيمته ببلدة الخصومة
اقل من قيمته في بلدة الغصب ثم يكون للمغصوب منه خيارات ثلاث ان شاء
انتظر وان شاء رضي وان شاء اخذ قيمة المغصوب في مكان الغصب يوم الخصومة
وان كان المغصوب هالكا ففي غير المثل للمغصوب منه قيمته في بلدة الغصب

يوم الخصومة وفي المثلي الجواب على التفصيل ان تساوى القيمة في البلدين يطالبه
برد المثل وان كانت القيمة في بلدة الغصب اكثر فللمالك خيارات ثلث ان شاء
رضي بالمثل وان شاء طالب بقيمته في بلدة الغصب يوم الخصومة وان شاء
انتظر وان كانت قيمته في بلدة الغصب اقل فالغاصب بالخيار ان شاء اعطاه
المثل وان شاء اعطاه القيمة في بلدة الغصب او في مكان الغصب يوم
الخصومة الا اذا رضي المالك بالتاخير ويكون له ذلك فعلى هذا ينبغي ان يذكر
في دعوى غصب المكيل والموزون سوى الدراهم والدنانير مكان الغصب
حتى يعلم انه هل له ولاية المطالبة ام لا هكذا ذكره نقلا عن الذخيرة ثم ذكر
عن عدة المفتين انه اذا ادعى الوديعة لا بد من ذكر موضع الايداع انه في
اي مصر سواء كان له حمل ومؤنة ام لا وفي دعوى الغصب اذا لم يكن له حمل
ومؤنة لا يشترط بيان موضع الغصب وفي القيمي كالعددي المتفاوت
والبر المخلوط بالشعير يجب قيمته يوم الغصب لانه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى
لعدم المثل فوجب اعتبار المثل معنى وهو القيمة لانها تقوم مقامه ويحصل بها
مثله وانما اعتبر يوم الغصب فيه لان القيمة وجب بالغصب فاعتبر فيه زمان
انعقاد السبب فان ادعى الغاصب الهلاك اي هلاك المغصوب حبس اي حبسه
القاضي حتى يعلم انه اي المغصوب لو كان باقيا لاظهره ثم تقضى عليه البدل اي
المثل في المثلي والقيمة في القيمي وهذا لان حق المالك ثابت في العين لانه
الموجب الاصلي مطلقا على ما بيناه فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على الظن انه
صادق في قوله وليس لحبسه حد مقدر بل مفوض الى راى القاضي كحبس
الغريم في الدين ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد عليه وعكس
المالك واقاما البينة فبينة الغاصب اولى عند محمد لانها تثبت الرد وهو عارض
والبينة لمن يدعي العوارض وعند ابي يوسف بينة المالك اولى لانها تثبت وجوب
الضمان والاخر منكر والبينة للاثبات كذا في الزيلعي والغصب انما هو فيما ينقل
اي لا في العقار من الدار والضيعة وهذا لان الغصب ازالة اليد المحقة على ما
تقدم والازالة لا تتحقق بدون النقل ولا نقل في العقار فلا غصب فيه ايضا

فلو

فلو غصب عقارا فهلك في يده بغير صنعه لا يضمن عند ابي ح وابي يوسف خلافا لمحمد قال
يضمن لتحقق الغصب في العقار وهو قول زفر والشافعي والقول الاول عن ابي يوسف
واحتجوا بان الغصب يتحقق بوصفين باثبات يد العدوان وازالة اليد المحقة
وذلك متحقق في العقار لان اثبات اليد من المتنافيين على شيء واحد لا يمكن لتعذر
اجتماعهما فيه فاذا ثبت يد العدوان للغاصب في العقار انتفت اليد المحقة للمالك
ضرورة لان اليد عبارة عن القدرة على التصرف وعدم اليد عبارة عن عدم
القدرة عليه فكانت في يد الغاصب لا في يد المالك لما ذكر فيضمن به الهالك
كما يضمن المنقول ولهما ان الغصب تصرف في المغصوب باثبات يده وازالة
يد المالك ولا يكون ذلك الا بالنقل والعقار لا يمكن نقله وتحويله واقصى ما
يمكن فيه اخراج المالك عنه وذلك تصرف في المالك لا في العقار نفسه
فلا يتحقق فيه الغصب والضمان كما اذا ابعد المالك ومنع عن مواشيه حتى ضاعت
المواشي لا يضمن لعدم تحقق الغصب فيه بخلاف ما لو منع المواشي عن المالك فانه
يضمن بالهلاك لتحقق الغصب ح وكذا لو حبس رجلا حتى ضاعت ماله لا يضمن
ولو حبس ماله من صاحبه يضمن على ما في الفصولين وما نقص منه اي
من العقار بفعله اي فعل الغاصب كسكناه ويدخل فيه ما اذا انهدمت الدار بسكناه
وعمله بان كان عمله الحدادة او القصارة فوهى جدار الدار بسبب ذلك وانهدم
كان مضمونا عليه بالاتفاق بخلاف ما اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن
فيها لا بسكناه وعمله بل بآفة سماوية من الحرق بالنار والغرق بالسيل والانهدام
والزلزلة فانه لا ضمان عليه عند ابي يوسف وزرعه في الارض المغصوبة
ضمنه اي النقصان بالاتفاق اما على قول محمد وزفر والشافعي فظاهر واما على قول
ابي ح وابي يوسف فلانه اتلاف والعقار يضمن بالاتلاف بالاتفاق كما اذا نقل
ترابه ولا يشترط في ضمان الاتلاف ان يكون في يد المتلف الا يرى ان الحر
يضمن بالاتلاف بلا يد للمتلف فيه بخلاف ضمان الغصب فانه يضمن الا بالحصول
في يد الغاصب واختلف في تفسير النقصان قال نصير بن يحيى انه ينظر بكم يستأجر
هذه الارض والدار قبل الاستعمال وبعده فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان

وقال محمد بن سلمة يعتبر ذلك بالشراء لا بالاجارة يعني ينظر بكم يباع قبل الاستعمال
وبعده فنقصانها ما تفاوت من ذلك فيضمنه وفي الزيلعي هو الاقيس
لانه العبرة لقيمة العين دون المنفعة وذكر في النهاية ان محمد بن سلمة رجع
المحول نصير ويأخذ الغاصب راس ماله وهو البذر وما غرم من النقصان
وما انفق على الزرع ويتصدق بالفضل حتى اذا غصب ارضا فزرعها كرين فخرجت
ثمانية اكرار ولحقه من المؤنة والنفقة قدر كرين فانه يأخذ من الخارج اربعة
اكرار ويتصدق بالباقي لانه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك
الغير فيكون سبيله التصدق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يتصدق
به لان الزيادة حصلت في ضمانه وملكه لان ما ضمن من الفائت يملكه باداء
الضمان والمضمونات تملك باداء الضمان عندنا مستندا الى وقت وجود السبب
وهو الغصب فتبين ان الفضل حصل في ملكه اذ الخراج بالضمان فلا يتصدق
وكذا لو استغل الغاصب العبد المغصوب وذلك بان اجره فنقصه الاستغلال
بان كان مهزولا او اجر المستعير المستعار او المودع الوديعة ونقص الاستغلال
والايجار العبد والمستعار والوديعة يضمن الغاصب النقصان الحاصل من
ايجاره لانه دخل المغصوب بجميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه
عليه رد قيمته ونقصان وصفه فما تعذر فيه رد عينه فوجب رد قيمته
وما فضل من الغلة والاجرة تصدق به كما تصدق بالربح فيما اذا تصرف في
المغصوب او الوديعة والعارية بالبيع وربح فيه فانه يتصدق بالربح لما مر في
المسئلة الاولى من انه حصل بسبب خبيث فسبيله التصدق وقال في الهداية
ولكنه يتصدق بالغلة واعترض عليه الزيلعي بانه كان ينبغي ان يتصدق فيما زاد على
ما ضمن من النقصان عندهما لا بالغلة كما في المسئلة الاولى ولهذا عدل المصر
عن عبارتها الى قوله وما فضل من الغلة والاجرة تصدق به هذا عند ابي حنيفة ومحمد
خلافا لابي يوسف فان عنده لا يتصدق لما ذكرناه في المسئلة الاولى
ولو هلك العبد في يد الغاصب بعد الاستغلال وضمنه له ان يستعين بالغلة
في اداء الضمان بالاتفاق اما عند ابي يوسف فظاهر واما عندهما فلان الخبث

لاجل المالك حتى لو ادى الى المالك الغلة مع العبد يحل له التناول الى الغلة فاذا ضمن له
زال الخبث بالضمان بخلاف ما اذا باع الغاصب العبد فهلك في يد المشتري ثم
استحق وغرمه المشتري فليس للغاصب ان يستعين في اداء الثمن الى المشتري
بالغلة لان الخبث ما كان لاجل المشتري حتى زال بالاداء اليه الا اذا لم يجد الغاصب
غير الغلة لانه يحتاج اليها فله ان يصرفه الى حاجة نفسه كما ان له التصدق
الى نفسه اذا كان فقيرا محتاجا اليها ثم جواب الامامين في الوديعة اظهر
من جواب ابي يوسف لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف في الوديعة
لانعدام سبب الضمان قبله فكان التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا
ثم الخبث في الربح يتحقق وان تناولته الايدي ولهذا قال في الهداية ومن غصب
الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين جارية فباعها بثلثة الاف فانه يتصدق
بجميع الربح عندهما وان تصرف في الغصب او الوديعة بالبيع فربح وهو على وجوه
اشار الى تفصيلها وهما اي المغصوب والوديعة وكذا العارية يتعينان بالتعيين
كالعروض تصدق بالربح عندهما يعني لو غصب شيئا مما يتعين بالتعيين او اودع
رجل عنده شيئا منه فباعه وربح فيه بان باعه اكثر من قيمته يتصدق
الربح لانه لا يحل له التناول من ذلك الشيء قبل ضمان قيمته وبعد الضمان يحل له
التناول الا فيما زاد على قدر قيمته وهو المراد بالربح المذكور ههنا فيتصدق به لانه
حصل بسبب خبيث فسبيله التصدق خلافا له اي لابي يوسف ايضا وقد تقدم
وجهه ايضا وان كانا لا يتعينان كالنقدين يعني لو غصب درهما او دينارا او اودع
رجل عنده درهما او دينارا فتصرف فيهما بان اشترى بها شيئا فان اشار اليها اي
الى النقدين المغصوب او النقد الوديعة وقت العقد ونقدها فكذلك اي يتصدق
الربح لان الاشارة وان لم تفد التعيين فيما لا يتعين الا ان نقدها بعد الاشارة
اليها يعينها فيتحقق الخبث بالنقد فيتصدق وان اشار الى غيرها ونقدها او اشار
اليها ونقد غيرها او اطلق وقت العقد ونقدها طاب له الربح اتفاقا قيل وبه يفتى
وهو قول الكرخي والمختار انه اي الربح لا يطيب مطلقا اي في الوجوه الاربعة
كلها اعلم ان تصرف الغاصب في المغصوب اما بالاستغلال والايجار او بالبيع

فاذا كان الاول فسبيله التصدق عندهما كما تقدم وان كان الثاني فاما ان يكون
المغصوب مما يتعين بالتعيين او مما لا يتعين فان كان الاول فسبيله التصدق ايضا
عندهما كما تقدم وان كان الثاني فهو على اربعة اوجه على ما ذكره الكرخي والهداية
والمصفى وغيرهم وذكر في العناية نقلا عن المبسوط وجها خامسا وهو ان الغاصب
دفع الى البايع تلك الدراهم المغصوبة اولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم ففي الوجه
الاول من هذه الوجوه الخمسة اعني ان يشار اليها وينقدها وفي الوجه الاخير
لا يطيب له الربح ويطيب في الوجوه الثلثة الباقية على قول الكرخي واما الفتوى
اليوم على قوله دفعا للحرج عن الناس ووجهه ان الاشارة لا تفيد فيما لا يتعين
فكان وجودها وعدمها سواء لا تؤثر وحدها في تحقق الخبث بل لا بد ان يتاكد
بالنقد حتى يتحقق الخبث ففي الوجه الاول لما تاكد الاشارة بالنقد تحقق الخبث
فلزم التصدق وفي الوجه الخامس لما دفع تلك الدراهم اولا الى البايع ثم عقد
تحقق الخبث بذلك ايضا ~~بالنقد فلزم~~ لتعين تلك الدراهم بالتميز واما الوجوه
الثلثة الباقية فلم يتاكد الاشارة بالنقد فلم يتحقق الخبث فيطيب له الربح قال فخر الاسلام
قال مشايخنا لا يطيب له الربح مطلقا قبل الضمان ولا بعد الضمان في الوجوه
كلها وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط وذلك لانه اذا نقد
منها ولم يشر اليها فسلامة المبيع له حصلت بهذه الدراهم المغصوبة فثبت شبهة الخبث
في الربح وان اشار اليها ونقد من غيرها فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه
الاشارة فتمكن شبهة الخبث ايضا وكذا ان اطلق نقدها حصل شبهة الخبث واما
في الوجه الاول والخامس فثبوت الخبث فيهما لما ذكرناه من قبل فاستوت الوجوه
كلها في الخبث ولزوم التصدق وعلى هذا دراهم الوديعة ايضا ولو اشترى
بالف الغصب او الوديعة جارية تعدل الفين فوهبها او اشترى بالف الغصب او
الوديعة طعاما فاكله لا يتصدق بشيء بالاتفاق لان الربح انما يتبين عند اتحاد
الجنس بان يصير الاصل وما زاد عليه دراهم او دنانير ولم يصر هنا كذلك فلا يظهر
الربح حتى يتصدق **فصل** في بيان ما يتغير به المغصوب ويزول به ملك
المالك اي المغصوب منه وان غير الغاصب ما غصبه بالتصرف فيه ولو بالاختلاط

ملكه

ملكه بحيث لا يتميز اصلا او بحرج بخلاف ما اذا غصب صبيا فصار مليحا عنده فانه
ياخذه من الغاصب بلا ضمان ان لم يتغير منه بالتصرف فيه وبخلاف ما اذا غصب
العنب وصار زبيبا بنفسه او غصب الحليب وصار لبنا بنفسه او غصب العصير
وصار خلا او الرطب تمرا بنفسه فان المالك فيه مخير ان شاء اخذه وان شاء
تركه وضمنه فزال اسمه احترز به عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالذبح بمجرد
ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة كما يقال شاة حية وكما اذا غصب
كاغدا فكتب عليه لانه لم يزل اسمه واعظم منافعه قيل ذكره ليتناول الحنطة اذا غصبها
وطحنها فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وبذرا
وغيرها يزول بالطحن والظاهر انه تاكيد لما قبله فان الحنطة اذا طحنت زال اسمها
ويقال دقيق لا حنطة ويمكن ان يقال ذكره احترازا عن دراهم فسبكها بلا ضرب
فانه وان زال اسمه لكن بقي اعظم منافعه ولذا لا ينقطع حق المالك عنه كذا في
المحيط وغيره ضمنه وملكه بتقرر الضمان عليه كما هو المتبادر واليه ذهب
المتقدمون من اصحابنا وقال بعض المتاخرين منهم انه ملكه بالغصب عند اداء الضمان
نقله شارح النقاية عن المبسوط قال في الكفاية نقلا عن الايضاح وفي
شرح النقاية نقلا عن النهاية انه اذا غير المغصوب بفعله بحيث يزول اسمه ضمنه
وملكه على وجه لو ابى المالك اخذ القيمة واراد اخذ المغير لم يكن له ذلك لان
الملك قد زال عنه بل له اخذ القيمة ثم نقل شارح النقاية عن مفتي الثقلين
ان الصحيح عند المحققين من مشايخنا ان الغاصب لا يملكه بمجرد ذلك الا عند
تراضي الخصمين بالضمان او بقضاء القاضي بذلك او باداء البدل كذا في الذخيرة
ولا يحل انتفاعه به اي بالمغصوب المغير وان كان قد ملكه بتقرر الضمان عليه او
بالغصب عند اداء الضمان على الاختلاف السابق قبل اداء الضمان لقوله عم في
الشاة المذبوحة المصلية بغير رضاء صاحبها اطعموها فان الامر بالتصدق
افاد زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء والحديث مشهور
ومعنى المصلية المشوية ولانه لو حل الانتفاع به يلزم منه فتح باب الغصب
وفي منعه حسم مادته فمنعه عن الانتفاع به قبل اداء البدل وحكم الحاكم بالقيمة

او تراضيا على مقدار فان وجد احد من هذه الثلثة حل الانتفاع والا فلا وعن
ابي يوسف في الحنطة المزروعة والثياب المذروعة يحل له الانتفاع قبل اداء
الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ولا يتصدق بالفضل عنده كما تقدم
كشاة ذبحها وطبخها او شواها او قطعها قيل لا ينقطع بالقطع حق المالك وقيل
ينقطع والمختار هو الاول وبر طحنه او زرعه ودقيق خبزه وعنب او زيتون
عصره وقطن غزله وغزل نسجه وحديد جعله سيفا وصفر جعله آنية
وساجة او لبنة بنى عليها اي على الساجة واللبن المغصوبين والساجة بالجيم خشبة
للاساس هذا كله مذهبنا وقال الشافعي وهو رواية عن ابي يوسف لا ينقطع
حق المالك عن العين المغصوبة بذلك غير ان ابا يوسف قال انه اذا اختار العين
لا يضمنه النقصان في الاموال الربوية كالدقيق مثلا لانه يؤدي الى الربوا
اذ الدقيق عين الحنطة من كل وجه لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا في
احداث ما لم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب
وقال الشافعي يضمنه لان على اصله تضمين النقصان مع اخذ العين في الاموال
الربوية جائز وهو رواية عن ابي يوسف ايضا وعنه ايضا انه يزول ملكه
عنه ولا يسقط عنه حقه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد
موته وللشافعي ان بقاء العين المغصوبة يوجب ابقاءها على ملك المالك او الواجب
الاصلي في الغصب رد العين عند قيامه ولو لا بقاؤه على ملك المالك لما كان
كذلك والعين باقية هنا على ما هو المفروض فيبقى على ملكه وتبعه الصنعة لكونه
بالغصب والتغيير في البقاء لانها تابعة للاصل كما اذا هبت الريح في حنطة
انسان والقتها في طاحونة فطحنت فان الدقيق يكون لمالك الحنطة فكذلك هذا
فان قيل هذا القياس فاسد لانه تخلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون هذه
المسئلة اجيب بانه لا معتبر بفعل الغاصب فانه محظور فلا يصلح سببا للملك
لان الملك نعمة من نعم الله تعالى والمحظور شرعا نقمة والنقمة لا تصير سببا
للنعمة فصار وجوده كعدمه فصارت صورة النزاع مثل المقيس عليه اعني
مسئلة الطاحونة وصار ايضا كما اذا ذبح شاة مغصوبة وجعلها عضوا عضوا

قال

فان المالك يلحقها البقاء ملكه فان فعل الغاصب فيها ليس بسبب للملك لكونه محظورا
ولنا انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها وكذلك
قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا واحداثها جعل حق المالك هالكا من وجه
الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحق الغاصب في هذه الصنعة
قائم من كل وجه وما هو قائم من كل وجه مرجح على الهالك من وجه فينقطع
حق المالك بالشي والطبخ والطحن وغيرها من الاحوال المذكورة وهذه الصنائع
لها جهتان جهة تفويت يد المالك عن المحل وهي من هذه الجهة بخلاف الشاة
المذبوحة بدون الطبخ او الشي فانه بالذبح لم يتبدل الاسم ولو مسلوخا ومقطوعا
عضوا عضوا اذ يقال شاة مذبوحة مسلوخة كما يقال شاة حية والسلخ
والقطع لا يبدل الاسم ولا يفوت المقصود لان المقصود من الشاة اللحم والذبح ثم السلخ
والتقطيع يحققه ولا يفوته فلا يصلح مقيسا عليه واعلم ان كل موضع ينقطع
فيه حق المالك فالمغصوب منه احق بذلك الشيء من سائر الغرماء حتى استوفى
حقه فان ضاع ذلك ضاع من مال الغاصب ولا يكون هذا بمنزلة الرهن
كذا في العمادي نقلا عن المنتقى ولما ذكر ما ينقطع به حق المالك شرع في
بيان ما لا ينقطع به حق المالك فقال وان جعل الفضة المغصوبة او الذهب
المغصوب دراهم او دنانير او آنية او حليا لا يملكه الغاصب وهو لمالكه بلا شيء
عند ح لان العين باقية من كل وجه الا يرى ان الاسم باق ولم يبدل وكذلك
الاحكام المتعلقة بالذهب والفضة من الثمنية والموزونية وجريان الربوا
ووجوب الزكوة عند النصاب باقية كما كان فلم ينقطع حق المالك فيها بتلك
الصنعة وعندهما يملكه الغاصب وعليه مثله لانه احدث فيها صنعة معتبرة
متقومة جعل احداثها حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه كسر وفات
عليه بعض المقاصد وحق الغاصب ثابت في الصنعة من كل وجه فيترجح حقه
كما تقدم ولانه كان قبل ذلك تبرا وهو لا يصلح رأس المال في المضاربات
والشركات وبعد ما ضرب صلح لذلك وهذا يدل ايضا على تغايرهما اسما ومعنى
لانه كان قبل الضرب يسمى تبرا وفضة وذهبا وبعده دراهم ودنانير وبمثل ذلك

نيقطع حق المالك والجواب لابي ح لانا نمنع ان ما لحدث من الصنعة فيها معتبرة متقومة
وانما تعتبر الصنعة و تقوم عند المقابلة بخلاف الجنس لكن استهلك قلب فضة
فعليه قيمته من الذهب مصنوعا عندنا وذلك لانا لو اوجبنا عليه مثل قيمتها
من جنسها ادى الى الربوا ولو اوجبنا وزنها كان فيه ابطال حق المالك عن
الجودة والصنعة فلمراعات حق المالك والتحرز عن الربوا قلنا يضمن قيمته من الذهب
مصنوعا فاعتبرت الصنعة عند المقابلة بخلاف الجنس وان وجد صاحبه
مكسورا ورضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله
فبقيت الصنعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال الربوية فكانت
الصنعة متقومة من وجه دون وجه فلا يصلح لابطال حق ثابت من كل وجه
ولانا ان صلاحيته لراس المال بعد الضرب يدل على تغايرهما لان الصلاحية
امر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنعة لانه هلك العين بها من وجه فحصل



التغاير وان ذبح الشاة اي ذبح شاة الغير بغير امره فالمالك مخير ان شاء
طرحها اي الشاة المذبوحة عليه اي على الذابح وضمنه قيمتها او اخذها اي الشاة
المذبوحة وضمنه نقصانها هذا جواب ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي ح انه
اخذه ولا يضمنه شيئا لان الذبح والسلخ في الشاة ليس بنقصان لان
معظم المقاصد في الشاة اللحم والذبح يحققه ولا يفوته ووجه الظاهر ان ازالة
الحيوة اتلاف من وجه باعتبار بعض الاغراض من الدر والنسل فكان للمالك
الخيار لاحتمال ان يكون له في بقائها حية مقصود من الدر والنسل وكذا
لو قطع الجزور وهو ما اعد للذبح لانه وان اعد للذبح لكن يجوز ان يكون للمالك
مقصود في بقائه حيا من الدر والنسل والحمل فيخير بين الطرح عليه وضمان
القيمة وبين الاخذ وضمان النقصان وكذا اي يخير بين ضمان القيمة مع الطرح
عليه وبين ضمان النقصان مع الاخذ لو قطع يدها اي الشاة لان قطع يدها
وكذا رجلها تفويت من وجه لانه يضر بقائها حيا فيخير المالك وكذا لو قطع يد
الجزور كذا في الهداية حيث قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء
ضمنه قيمتها وسلمها له وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدها

في

في ظاهر الرواية لانه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر
والنسل وبقاء بعضها من اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب انتهى بقي الكلام
في الجناية على العين ففي العمادي في عين الشاة قيمة النقصان وفي
عين بقرة الجزار وعين جزوره ربع القيمة وكذا عين الحمار والبغل والفرس
وذكر في المنتقى ما يحمل على ظهره في عينه ربع القيمة وما لا يحمل عليه لصغره
كالفصيل والمهر والجحش اذا فقئ منه عين واحدة ففيه ربع القيمة ثم قال
نقلا عن فتاوى ظهير ولو فقاء عين حمار قال ابو ح ان شاء سلم الجثة وضمنه
كل قيمته وليس له ان يمسك الجثة ويضمنه النقصان وهكذا في الفصولين
ايضا وفي الاختيار في عين شاة القصاب ما نقصها وقال ابو يوسف
عليه ما نقصه في جميع البهائم اعتبارا بالشاة ثم بقي الكلام في ذبح شاة
لا يرجى حيوتها وما يناسبه من ثبوت الاذن دلالة ولتسمى المسائل الاستحسانية
في العمادي والفصولين نقلا عن فوائد صدر الاسلام اذا ذبح شاة
لا يرجى حيوتها لا يضمن استحسانا الاجنبي والراعي فيه سواء وفي الفرس
والبغل يفتي بالضمان في الاجنبي وانما يضمن قيمة فرس وحمار لا يرجى حيوتها
والراعي والبقار لو ذبح البغل والحمار لا يضمن وفي فتاوى قاضي ظهير اذا خاف
على شاة فذبحها ذكر في الاصل انه يضمن قيمتها يوم الذبح قال الامام خواهرزاده
وانما يضمن اذا ذبح شاة يرجى حيوتها اما اذا تيقن بموتها لا يضمن لانه
مامور بحفظها وذبحها اذ ذاك حفظ ما دون فيه دلالة وفي فوائد صدر
الاسلام من استحضر فعلة لهدم داره فجاء الباني فهدم بغير اذنه لا يضمن
استحسانا والاصل في جنس هذه المسائل ان كل عمل لا يتفاوت فيه الناس
يثبت الاستعانة بكل واحد من احاد الناس دلالة وكل عمل يتفاوت فيه
الناس لا يثبت الاستعانة بكل واحد من احاد الناس كما لو علق شاة للسلخ فجاء
انسان وسلخ بغير اذنه يضمن لان الناس يتفاوت في السلخ دون الذبح
او قطع طرف دابة غيرما كولة اي هو مخير بين الطرح عليه واخذ جميع قيمتها
وبين الاخذ وتضمين نقصانها لو قطع طرف دابة غير ماكولة كالفرس والحمار

والبغل هذا هو الظاهر من كلامه وهو خلاف ما ظهر من الهداية فان الظاهر منها ضمان
جميع القيمة بلا خيار حيث قال ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب
طرفها فللمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه وقد ذكر
قبله ان من قطع طرف ماكول اللحم من الحيوان مخير بين الامرين المذكورين
وعلله بانه اتلاف من وجه فظهر ان ما بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم فرقا
في قطع طرفها القاطع في الاول مخير بين الامرين المذكورين ولا خيار
في الثاني بل ضمان جميع القيمة بلا خيار وقال في العمادي نقلا عن العيون
قال ابو حنيفة اذا استهلك رجل حمار غيره او بغله بقطع يده او بذبحه ان شاء
صاحبه ضمنه وسلم اليه وان شاء حبسه ولا يضمنه شيئا وعليه الفتوى
ولو ضرب رجل الدابة حتى صارت عرجا فهو كالقطع ثم قال نقلا عن فتاوى
ظهير من ذبح شاة غيره ظلما فمالكها بالخيار ان شاء ترك المذبوح عليه وضمنه
قيمتها وان شاء اخذ المذبوح وضمنه النقصان وكذا اذا سلخها وجعلها عضوا
عضوا ولو قطع يد حمار او بغل او قطع رجله فصاحبه بالخيار ان شاء
ضمنه قيمته ودفع الدابة وان شاء امسكها ولا يرجع على الغاصب بشيء بخلاف ما
اذا كان المغصوب عبدا او جارية وقطع يدها او رجلها فانه كان للمالك ان
يضمن الغاصب القيمة ويدفع اليه المغصوب وان شاء ضمنه النقصان واخذ
المقطوع والفرق ان الادمي بقطع اليد او الرجل لا يصير مستهلكا والدواب
تصير مستهلكا هذا اذا كانت الدابة مما لا يوكل لحمه فان كانت مما يوكل لحمه
كالشاة والجزور ففي ظاهر الرواية هذا والاول سواء للمالك ان يضمنه جميع
قيمتها وليس له ان يضمنه النقصان ويمسك الدابة هكذا ذكره ثم قال لو ذبح حمار
غيره ليس له ان يضمن النقصان ولكن يضمنه جميع القيمة عند ابي حنيفة وعلى قول محمد
له ان يمسكه ويضمن النقصان وان شاء ضمنه كل القيمة ولا يمسك المذبوح
الكل في العمادي كله مخالف لما ذكره المص في قطع طرف دابة غير ماكولة
من التخيير بين الامرين المذكورين الا ما نقله عن محمد فانه على وفق ما ذكره المص
ثم ما ذكره العمادي فيما يوكل لحمه من قوله في ظاهر الرواية هذا والاول سواء

الى

الى اخره مخالف لما ذكره المص فيما يوكل لحمه ايضا فيحمل كلام المص على غير ظاهر الرواية
قال في الكفاية وفي المنتقى عن هشام عن محمد رجل قطع يد حمار او رجله
كان لما بقي منه قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان ويمكن حمل كلام المص
على هذا ايضا يعني لو قطع طرف دابة غير ماكولة ينظر فان كان لما بقي بعد القطع
قيمة فهو مخير بين طرح الدابة عليه وتضمين جميع القيمة وبين امساك الدابة
وتضمين نقصانها وان لم يكن لما بقي قيمة فالواجب تضمين جميع القيمة وطرح الدابة
عليه وليس له ان يمسكها ويضمن النقصان ثم قال في الكفاية ايضا ان
ذبح حمارا انسان ذبحا فقال صاحبه اني اضمنه النقصان ولا اسلم الجلد
اليه فان كان لجلد الحمار ثمن فله ذلك وان قل فليس له ذلك لان ذبحه
بمنزلة الدباغ فله قيمة بخلاف القتل هذا كلها في قطع طرف الدابة من
يدها ورجلها وقد ذكرنا حكم فقء عينها بقي الكلام في قطع اذنها او ذنبها
ففي العمادية اذا قطع اذن الدابة او بعض اذنه ضمن النقصان وكذلك لو قطع
ذنبها يضمن النقصان جعل قطع الاذن والذنب نقصانا يسيرا وقال
في فتاوى شيخ الاسلام الانقروي نقلا عن الفتاوى لو قطع ذنب فرس القاضي
يضمن جميع القيمة فقد بين ذنب دابة القاضي وغيره من عوام الناس ولعل
ذنب فرس المفتي والامير كذلك ولو وطئ فرس غيره او حماره فلصاحب الفرس
ان يدفع فرسه اليه ويضمن قيمته وبه افتى مشايخ الاسلام او حرق الثوب
حرقا فاحشا فوت بعض العين وبعض نفعه وفي حرق يسير نقصه ولم يفوت
شيئا من النفع يضمن نقصانه اختلفوا في الحد الفاصل بين الحرق اليسير والفاحش
فقال بعضهم ما اوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش وما اوجب دونه فهو
يسير وقال بعضهم ما اوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما اوجب دونه
فهو يسير وقال بعضهم ما يبطل به عامة المنافع فاحش واليسير خلافه
واليه اشار في القدوري وقال في الهداية والصحيح ان الفاحش ما يفوت
به بعض العين وبعض المنفعة ويبقى بعض من كل منهما واليسير ما لا يفوت به شيء
من المنفعة وانما يريد فيه النقصان اي بحسب المالية بسبب فوات الجودة وانما

كان هذا صحيحا لان محمدا جعل في الاصل الخرق الفاحش كذلك ولهذا اختاره المص
اذا عرفت هذا فالغاصب اذا خرق الثوب المغصوب خرقا فاحشا بالمعنى الذي
ذكره فمالكه مخير بين طرح الثوب عليه وتضمين قيمته وبين امساك الثوب
وتضمين نقصانه لانه استهلاك من هذا الوجه فانه قبل القطع صالح لجميع انواع
الثياب وبعده لم يبق هذه الصلاحية وانما بقي له صلاحية لبعض الثوب فكان
مستهلكا من وجه دون وجه فلصاحبه الخيار بين الخيارين المذكورين وان
خرقه خرقا يسيرا بالمعنى الذي ذكره ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين
قائم من كل وجه وانما دخله عيب منقص فيضمن النقصان قال في العمادي
غصب ثوب انسان ولبسه فجاء صاحب الثوب فمد ثوبه والغاصب لا يعلم انه
صاحب الثوب فتخرق الثوب لا ضمان على الغاصب لانه تخرق من مده ولو قال
صاحب الثوب رد علي ثوبي فمنعه الغاصب فمد لا يمد مثله من شدته
فتخرق لا ضمان على الغاصب ايضا لانه بمنزلة سكين جاء به فخرقه ولو مده كما
يمد الناس عادة فتخرق منه ضمن الغاصب نصف القيمة لانه من جنايتهما ولو كان
الثوب ملكا لانسان لمن لبسه فمده انسان مدا لا يمد بمثله او يمد بمثله فتخرق
فعلى المادّ جميع القيمة لان التخرق يضاف الى المدّ وضع المسئلة في الثوب
والحكم في كل عين من الاعيان الغير الربوية كذلك ولذا قال شمس الائمة
السرخسي الحكم الذي ذكرنا في الخرق في الثوب من تخير المالك بين الخيارين
اذا كان الخرق فاحشا هو الحكم في كل عين من الاعيان الا في الاموال الربوية
فان وجد التعيب بها فاحشا كان او يسيرا كان لصاحبها الخيار بين ان يمسك
العين ولا يرجع على الغاصب بشئ وبين ان يسلم العين ويضمن مثله او قيمته
لان تضمين النقصان متعذر لانه يؤدي الى الربوا ثم الحكم المذكور فيما اذا قطع
الثوب ولم يحدث فيه صنعة واما اذا احدث فيه صنعة بان خاطه قميصا
مثلا فانه ينقطع به عنه حق المالك عندنا كذا في الزيلعي عن النهاية ومن بنى
في ارض غيره بغير رضاه او غرس شجرا امر الغاصب على صيغة المجهول بالقلع
اي قلع البناء والشجر بخلاف ما لو غصب نواة صغيرة فغرسها في ملكه فادركت

في ارضه فلصاحب النواة له قيمة النواة ولا سبيل له على النخلة عندنا لانها صارت
تابعة لارضه كذا في العمادية وقال في غصب القنية وصل غصنه
بشجرة غيره فاثم الوصل فهو له والشجرة لصاحبها انتهى فعلم انه لو وصل غصنه
بشجرة غير مملوكة تعتبر الشجرة ملكا له ايضا كما لو وصل غصنه في الاشجار النابتة
في الاراضي الغير المملوكة ولهذا افتى مشايخ الاسلام بانه لو وصل غصنه
بشجرة نابتة في الاراضي الاميرية بغير اثبات متصرفها تصير الشجرة ملكا
لصاحب الغصن لا لمتصرف الارض والرد اي رد الارض الى صاحبها لقوله
عم ليس لعرق ظالم حق اي ليس لذي عرق ظالم حق وصف العرق بصفة صاحبه
وهو الظلم مجازا كما يقال نهاره صائم ولان ملك صاحب الارض باق فان
الارض لم تصر مستهلكة بالبناء والغرس ولا مغصوبة حقيقة لعدم
الانتقال فيها ولا وجد فيها شئ يوجب الملك للغاصب فيؤمر بتفريغها وردها الى
مالكها كما اذا اشغل ظرف غيره بطعامه فانه يؤمر بتفريغ الظرف والرد الى
مالكه كذا في الهداية ومختصر القدوري وكان القاضي الامام ابو علي النسفي
يحكي عن الكرخي انه ذكر في بعض كتبه تفصيلا فقال ان كانت قيمة الساحة
اكثر من قيمة البناء فله ان يأخذها وان كانت قيمة الساحة اقل من قيمة البناء
ليس له ان يأخذها وفي العمادي نقلا عن العدة ان بعض المتأخرين افتوا
بقول الكرخي فانه حسن ونحن نفتي بجواب الكتاب اي مختصر القدوري
اتباعا لمشايخنا وقال لو ان ما ذكره الكرخي قريب من مسائل حفظت عن محمد
حيث قال لؤلؤة سقطت من يد انسان فابتلعها دجاجة انسان ينظر الى
قيمة الدجاجة واللؤلؤة فان كانت قيمة الدجاجة اقل يخير صاحب اللؤلؤة
ان شاء اخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وان شاء ترك اللؤلؤة وضمن
صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة وكذلك اذا ادخل شاة او بقر راسه في قدر
من النحاس وتعذر اخراجه فيه ينظر ايهما اكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة
الآخر الى صاحبه ويتملك صاحبه ويتخير بعد ذلك في اتلاف ايهما شاء
وكذلك لو دخل فصيل انسان في داره وكبر فيها ولم يمكن اخراجه الا بهدم

الجدار فيظهر ايهما اكثر قيمة وهكذا وقال في العمادية نقلا عن صاحب الذخيرة غصب
ارضا وزرعها ونبت فلرب الارض ان يامر الغاصب بقلع الزرع فان ابى
فللمغصوب منه ان يقلع فان لم يحضر المالك حتى ادرك الزرع فانه للغاصب
وللمالك ان يرجع بنقصان الارض وفي الفصولين لو غصب ارضا وزرعها
فلم تستحق جاء صاحبها فهو مخير ان شاء ترك بذره فيها باجر المثل وان شاء
ضمن البذر للغاصب وعن محمد انه يضمن له ما زاد البذر فيها لو شاء تركه
حتى نبت ثم يامر بقلعه ولو شاء اعطاه ما زاد البذر فيها فتقوم الارض وفيها
بذر وتقوم بلا بذر فقط لو شاء اخذه وعن ابي يوسف انه يعطيه مثل بذره
والمختار انه يضمن قيمة بذره منذ زرعها في ارض غيره وهو ان تقوم الارض
مبذورة ببذر يجب قلعه اذا نبت وغير مبذورة فيضمن ما بينهما قيمة بذر
ما زرع في ارض غيره ولو غصب ارضا فلرب الارض ان يامر الغاصب بتفريغها
فلو ابى فله ان يقلعه بنفسه ولو لم يحضر رب الارض حتى ادرك الزرع
فهو للغاصب وللمالك ان يرجع بنقصان ارضه الكل في الفصولين وفي
الفصل الثلاثين من العمادية لو اشترى ارضا فبنى او غرس ثم استحق نصفها شايعا
هل يجبر على تفريغ الكل ينبغي ان يكون الحكم فيه كالحكم في بناء احد الشريكين
في الارض المشتركة وثمة تقسم الارض بينهما فما وقع من البناء في نصيب
الذي لم يبن يؤمر بقلعه وفي جوامع الفقه للعتابي اشترى حانوتا وبنى
عليها ثم استحق ثلثه فله ان يرد المبيع ويرجع بالثمن وثلث قيمة البناء على البائع
وان كانت الارض تنقص بالقلع فللمالك اي لصاحب الارض ان يضمن من الضمان
لا من التضمين له اي للغاصب قيمتها اي قيمة البناء او الغرس مامورا بقلعها اي
قيمتها مستحق القلع لا قيمتها مقلوعا وسياتي الفرق بينهما فيكون كل من البناء والغرس
لصاحب الارض لان فيه دفع الضرر عنهما فيضمن فيه النظر لهما وانما يضمن له قيمته
مستحق القلع لانه يستحق القلع فيعتبر قيمته في ذلك الوقت مقلوعا فبين كيفية
معرفة قيمته مستحق القلع فقال فتقوم الارض بلا شجر او بناء وتقوم مع احدهما
مستحق القلع فيضمن صاحب الارض الفضل مثلا يعتبر قيمة الارض بدون الشجر

عشرة

عشرة مع الشجر المستحق للقلع خمسة عشر يضمن صاحب الارض للغاصب خمسة فتسلم
الارض والشجر له كذا في الهداية والعناية وغيرهما وقال الشارح الزيلعي
وهذا ليس بضمان لقيمة الشجر مقلوعا بل هو ضمان لقيمته قائما مستحق القلع وانما يكون
ضمان لقيمته مقلوعا ان لو قوم الشجر او البناء مقلوعا موضوعا على الارض بان
يقدر الشجر حطبا والبناء اجرا او حجارة مكومة على الارض فيقوم وحده من غير
ان يضم الى الارض فيضمن له قيمة الحطب والحجارة المكومة دون المبنية انتهى
مراده بذلك بيان الفرق بين قيمة الشجر والبناء مقلوعا وبين قيمتهما مستحق القلع
وتحقيق الفرق ما ذكره في الدرر بان قيمة الشجر والبناء المستحق القلع اقل من
قيمته مقلوعا فقيمة المقلوع اذا انقصت منها اجرة القلع كان الباقي قيمة الشجر
المستحق القلع فان كانت قيمة الارض مائة وقيمة الشجر المقلوع عشرة واجرة القلع
درهم بقي بعد اخراج الدرهم تسعة فالارض مع الشجر تقوم بمائة وتسعة دراهم
فيضمن المالك التسعة انتهى فظهر ان المضمون هنا هو قيمة الشجر او البناء المستحق
القلع لا قيمته مقلوعا ولهذا قال المص مامورا بقلعهما لا مقلوعا فما وقع في بعض
المحل لفظة مقلوعا ليس على ما ينبغي وان صبغ الثوب احمر او اصفر او لت السويق
بسمن فالمالك اي صاحب الثوب والسويق مخير ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض
ومثل سويقه او اخذهما اي الثوب والسويق وضمن المالك للغاصب هو من الضمان
لا من التضمين ما زاد الصبغ والسمن وقال الشافعي في الثوب يؤمر الغاصب
بقلع الصبغ بالغسل بقدر الامكان ويسلمه الى صاحبه وان انتقص بذلك
قيمة الثوب فعليه ضمان النقصان لان الغاصب متعد فلا يكون لفعله عبرة
والتمييز فصار نظير الغرس والبناء في الارض بخلاف السمن في السويق
لتعذر التمييز ولنا ان الصبغ مال متقوم كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوم
ماله فيجب صيانة حقها ما امكن فكان صاحب الثوب اولى بالخيار لانه
صاحب اصل والآخر صاحب وصف وهو قائم بالاصل وكذا السويق اصل
والسمن تبع ولهذا يقال سويق ملتوت فيخير صاحبه لتعذر التمييز بخلاف
البناء لان التمييز ممكن فيه بالنقض وله وجود بعد النقض فامكن ايصال

حتى كل واحد منهما اليه والصبغ يتلاشى بالغسل فلا يمكن ايصاله الى صاحبه وبخلاف ما
اذا انصبغ من غير فعل احد كالقاء الريح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار بل
يؤمر صاحب الثوب بدفع قيمة الصبغ الى صاحبه لانه لا جناية من صاحب
الصبغ حتى يضمن الثوب والجواب في لت السويق كالجواب في الصبغ الا انه
يضمن مثل السويق وفي الصبغ قيمته لان السويق والسمن من ذوات الامثال
بخلاف الصبغ والثوب فانهما من ذوات القيم وقال في الكافي نقلا عن
المبسوط يضمن قيمة سويقه لانه يتفاوت بتفاوت القلي فلم يبق مثليا كالخبز
وقال ابو عصمة في مسئلة الغصب ان شاء رب الثوب باع فيضرب
كل واحد منهما بقيمة ما له وهذا طريق حسن الموصول كل واحد منهما الى صاحبه
ويباع فيما اذا انصبغ بنفسه بلا صنع ايضا وان صبغه اي الثوب المغصوب
اسود ضمنه من النقصان اي ضمن المالك الغاصب قيمته اي قيمة ثوبه حال كون
الثوب ابيض فيكون الثوب للغاصب او اخذه اي اخذ المالك الثوب من
الغاصب بلا رد شيء على الغاصب من اجرة صبغه وقيمته لانه اي الاسود نقص
وهذا عند الامام وعندهما الاسود كغيره في كونه زيادة قالوا وهو اختلاف
زمان ففي زمان الامام كانوا يمتنعون عن لبس السواد فقال انه نقص وفي
زمانهما كانوا يلبسون السواد فقالوا انه مثل الاحمر في الزيادة فكل اجاب
بما شاهد من عادة اهل زمانه ولا اختلاف فيه بينهما في الحقيقة وقال بعض
مشايخنا ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقص وان كان ثوبا يزيد فيه السواد
فهو كالحمرة وكذلك ان كان ثوبا ينقصه الحمرة فهو نقصان وان كان ثوبا
يزيد فيه الحمرة او الصفرة فهو زيادة ولهذا لم يقيدوا الصبغ في بعض الكتب
بالحمرة والسواد او غيرها بل ذكروا المسئلة على اطلاق الصبغ كما وقع في
عبارة الكنز **فصل** وان غيب ما غصبه وضمن قيمته ملكه الغاصب
مستندا الى وقت الغصب اعلم ان الاحكام تثبت بطرق اربعة على ما في المستصفى الاقتصار
كما اذا انشاء الطلاق او العتاق مثلا والانقلاب وهو انقلاب ما ليس بعلة
علة كما اذا علق الطلاق والعتاق بالشرط فعند وجود الشرط ينقلب ما ليس بعلة

علة فان الجزاء علة للحكم عند وجود الشرط عندنا والاستناد وهو ان يثبت في الحال
ثم يستند قهقريا كالمضمونات تملك عند اداء الضمان مستندا الى وقت وجوده
وكطهارة المستحاضة والمتيمم تنتقض عند خروج الوقت ورؤية الماء مستندا
الى وقت الحدث ولهذا قلنا لا يجوز المسح لهما والتبيين وهو ان يظهر في الحال
ان الحكم كان ثابتا من قبل مثل ان يقول في اليوم ان كان زيد في الدار
فانت طالق وتبين في الغد وجوده فيها يقع الطلاق في اليوم ويعتبر ابتداء
العدة منه وكما اذا قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لا يقضى
بوقوع الطلاق ما لم يمتد ثلثة ايام فاذا تم ثلثة ايام حكمنا بوقوع الطلاق من
حين حاضت والفرق بين التبيين والاستناد ان في التبيين يمكن ان يطلع
عليه العباد وفي الاستناد لا يمكن وفي الحيض يمكن الاطلاع عليه بشق
البطن فيعلم انه من الرحم وكذا يشترط المحلية في الاستناد دون التبيين وكذا
الاستناد يظهر اثره في القائم دون المتلاشي واثر التبيين يظهر فيهما وتسلم
من السلامة له اي للغاصب الاكساب دون الاولاد وهذا عندنا وقال الشافعي
لا يملكه لان الغصب عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك لانه نعمة
كما لو غصب مدبرا وغيبه وضمن قيمته فان الغاصب لا يملكه بالاتفاق ولنا
ان المالك ملك البدل بكماله بالضمان وهو القيمة والبدل قابل للنقل من
ملك الى ملك وكل من ملك بدل شيء كذلك اي قابل للنقل من ملك الى ملك خرج
المبدل عن ملكه ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك البدل
فثبت ان الغاصب ملك بالضمان ولكنه بطريق الاستناد حتى ملك الاكساب
لكونها تبعا من كل وجه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل من ملك الى ملك لحق
المدبر فلا يقاس عليه ما نحن فيه فان قيل ان المولى لو باع المدبر وحكم القاضي
بجواز بيعه ينفذ البيع ويملكه المشتري وينفسخ البيع فثبت ان المدبر قابل للنقل
من ملك الى ملك اجيب بان هذا انما كان في ضمن قضاء القاضي في الفصل
المجتهد فيه فكان البيع مصادفا للمحل بالقضاء لا للمدبر اما ما نحن فيه فلم ينفسخ
التدبير والقول في القيمة للغاصب مع يمينه ان لم يبرهن المالك على الزيادة

فيكون القول للمالك لانه اثبت بالحجة الملزمة وان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين
الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم يقبل بينته بل يكلف على دعواه
لانه بينة تنفي الزيادة والبينة القائمة على النفي لا تقبل كذا قالوا وقال بعض
مشايخنا ينبغي ان تقبل هذه البينة لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة
فان القول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت لاسقاط اليمين وكان اكثر
مشايخنا فرق بين هذه المسئلة وبين مسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع
ليس عليه الا اليمين وباقامة البينة اسقطها وارتفع الخصومة كما اذا وجد القتيل
في محلة فادعى اهل المحلة انه قتل رجل اخر من محلة اخرى واقاموا البينة
من غير المحلة التي وجد فيها القتيل على ذلك الرجل الاخر بالقتل فان هذه البينة
مقبولة من اهل المحلة لاسقاط اليمين ودفع الخصومة عنهم لانه ليس عليهم
الا اليمين وباقامة البينة اسقطوها واما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة
وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى المودع فان ظهر العين
المغصوب الذي غيبه الغاصب وقد ضمن قيمته وقيمته التي ضمنها اكثر ما ضمنه الغاصب
وقد ضمنه الغاصب بقول المالك او ببرهانه او بالنكول اي نكول الغاصب عن اليمين
فهو اي العين المغصوب للغاصب ولا خيار للمالك لان الغاصب تم له الملك
بسبب اتصل به رضى المالك حيث ادعى هذا المقدار من القيمة فيكون للغاصب
بلا خيار للمالك وان ضمنه الغاصب بقوله اي بقول الغاصب مع يمينه سواء كانت
قيمته اكثر ما ضمنه او مثله او انقص على ما في العناية في ظاهر الرواية فالمالك
مخير ان شاء امضى الضمان او اخذه اي العين المغصوب ورد عوضه لانه لا يتم رضاه
بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا لانه
انما اخذه لضرورة عدم حجته على الزيادة ولو برهن كل من المالك والغاصب
على الهلاك عند الاخر فبينة الغاصب اولى عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف
قال في قاضيخان رجل غصب دابة فهلكت فاقام صاحبها البينة انها هلكت عند
الغاصب من ركوبه واقام الغاصب بينة انه ردها وماتت عند صاحبها كانت
بينة صاحبها اولى ويقضى على الغاصب بالقيمة وكذا لو اشهد شهود صاحبها ان

الغاصب

الغاصب قتلها او كان المغصوب دارا فاقام صاحبها البينة ان الغاصب هدم الدار واقام
الغاصب بينة انه ردها على صاحبها كانت بينة صاحبها اولى لان القتل وهدم الدار
يتصور بعد الرد على المالك فيجعل كان الغاصب ردها ثم قتل الدابة وهدم الدار
فكان بينة صاحبها اولى لانها تثبت سببا حادثا للضمان ولو اقام صاحبها البينة
انها ماتت عند الغاصب واقام الغاصب بينة انه ردها وماتت عند صاحبها قال
ابو يوسف بينة صاحبها اولى لما قلنا وقال محمد يقضى ببينة الغاصب لانها قامت
على الاثبات وهو اثبات فعل الرد وليس في بينة صاحبها اثبات فعل على
الغاصب ولا اثبات سبب الضمان بعد الغصب بخلاف الاول انتهى فظهر منه وجه
الطرفين وان كان بينة الغاصب اولى عندهما ليس في جميع الصور كما في قولهم
فهم من كلام المص بل في الصورة الثالثة واما في الصورتين الاوليين
فبينة المالك اولى بالاتفاق قال في غصب التاتارخانية اذا ماتت الدابة
المغصوبة ووقع الاختلاف بين الغاصب والمغصوب منه فقال الغاصب
رددت الدابة عليك ونفقت عندك وقال رب الدابة لا بل نفقت عندك
من ركوبك ولم يكن لواحد منهما بينة فالقول قول رب الدابة كما لو قال اكلت مالك
باذنك وانكر صاحب المال كان القول قوله وان اقاما جميعا البينة اقام رب
الدابة انها نفقت عند الغاصب من ركوبه واقام الغاصب انه قد ردها عليه ثم
ماتت في يده فان الغاصب يضمن قيمتها وما ذكروا انه لا ضمان على الغاصب قول
محمد اما على قول ابي يوسف فهو ضامن انتهى فظهر منه ان ما ذكره قاضيخان
في المسئلة الاولى من انه يقضى على الغاصب بالقيمة قول ابي يوسف لكن كون
البينة للمالك اتفاقا يقتضي ان القول بالضمان على الغاصب اتفاقي ايضا ومن
غصب عبدا فباعه فضمنه نفذ بيعه وان اعتقه فضمنه لا ينفذ عتقه
والفرق بينهما ان ملك الغاصب ناقص لانه ثبت مستندا وضرورة اجتماع البدل
والمبدل منه في ملك شخص واحد وهو المالك وكلما ثبت مستندا وضرورة
ثابت من وجه دون وجه ولهذا لا يظهر الملك للغاصب في حق الاولاد ويظهر
في حق الاكساب على ما تقدم وذلك لان الولد اصل من وجه قبل الانفصال

وبعده اصلا من كل وجه والكسب يتبع من كل وجه لكونه بدل المنفعة وهي تبع محض
فاذا كان ثابتا من وجه دون وجه كان الملك ناقصا والملك الناقص يكفي
لنفوذ البيع دون العتق الا يرى ان البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون
دون العتق وقيد المسئلة باعتاق الغاصب ثم تضمينه احترازا عن اعتاق
المشتري من الغاصب ثم ضمنه الغاصب واجاز المالك البيع فان فيه روايتين
في رواية يصح اعتاق المشتري وفي رواية لا يصح والاول اصح على ما في
العناية والزيلعي وزوائد المغصوب غير مضمونة ما لم يتعد فيها اي الزوائد
كاتلاف ثمرة الاشجار التي غصبها بالاكل والبيع فان الاتلاف تعد فيضمن او
منعها بعد طلب المالك اياها لانها امانة في يد الغاصب لانها ليست بمغصوبة
فيكون امانة والامانات لا تضمن الا بالتعدي او بالجحود بعد الطلب سواء
كانت الزوائد متصلة كالحسن والسمن او منفصلة كالولد للجارية والثمرة
للشجرة المغصوب والبستان المغصوب وقال الشافعي زوائد المغصوب مضمونة
متصلة كانت او منفصلة لوجهين احدهما انها متولدة من عين مضمونة فيكون
مضمونة لما عرف ان الاوصاف الشرعية تسري من الاصل الى ما يتولد منه
الا ترى ان ولد ام الولد والمدبر والمكاتبة والقنة والحرة تسري اليه حكم
امه حتى يكون حكمه كحكمها وكذا ولد الظبية المخرجة من الحرم يسري اليه حكم امه
حتى يضمنه بالاتلاف مثل امه والثاني ان الغصب عنده اثبات اليد على ملك الغير
بغير رضاه وقد تحقق ذلك في الزوائد حسب تحققه في الاصل فكان
مضمونا كالاصل ولنا ان الغصب اثبات اليد المبطلة على مال الغير على وجه يزيل
يد المالك على ما تقدم واثبات اليد على ذلك الوجه لم يتحقق في الزوائد لانها
كانت ثابتة على هذه الزوائد حتى يزيلها الغاصب فلم يتحقق الغصب فيها
فلا يضمن الا بالتعدي او بالجحود بعد الطلب لان الجحود حينئذ تعد ايضا فان قيل
فعلى هذا ينبغي ان يضمن ولد الجارية المغصوبة حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه
وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في
يد الغاصب وولدت في عدم ضمان الولد على ما روي في الاسرار اجيب

عنه بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه
اثبات اليد على مال الغير ولو سلم ذلك لكنه لا ازالة ثمة ظاهرا اذ الظاهر عدم المنع
عند الطلب حتى لو منعه بعد الطلب او تعدى فيه بان اتلفه او ذبحه او باعه
وسلمه او اكله فيما اكله قلنا بالضمان ايضا وما ذكره من ان الام مضمونة البتة
والاوصاف الشرعية تسري من الاصل الى ما يتولد منه كالحرية والرق والملك
قلنا ذلك في الاوصاف القارة في الام كالمذكورات والضمان ليس
بصفة قارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فان وصف به المال
كان مجازا وقياسه على الظبية المخرجة فاسد لانه ان قاس عليها قبل التمكن من
الارسال فهو ظاهر الفساد لانه لا ضمان فيه عندنا لعدم العلة وهو المنع
وان قاس عليها بعد التمكن منه فهو كذلك لان الضمان فيه اعتبار المنع بعد طلب
صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار ان الام مضمونة وان اطلق وقيل بوجوب
الضمان في ولد الظبية سواء هلك قبل التمكن من الارسال او بعده فهو ضمان
جناية اتلاف لان صيد الحرم كان آمنا في الحرم صيدا وذلك في بعده عن
ايدينا فالوقوع في ايدينا تلف لمعنى الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في
ايدينا ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد
عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء اخر ثم اعلم ان
الاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من ثمائه وزوائده فلا يضمن
بالتعدي لانها عوض عن منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا فكذا
بدلها الا في مال الوقف على ما سيأتي مصرحا في الاجارات البزازية والقنية
والى هذا اشار المص بقوله وزوائد المغصوب وان نقصت الجارية بالولادة
في يد الغاصب ضمن نقصانها اي نقصان الجارية الحاصل بالولادة لان الجارية
بسبب الغصب دخلت في ضمانه بجميع اجزائها وقد فات جزء مضمون منها فيكون
مضمونا عليه كما لو فات كلها ويجبر النقصان الحاصل في الجارية بقيمة الولد
او بالغرة كذا في المختار والمراد بالغرة العبد او الامة وقال في المغرب غرة المال
خياره كالفرس والابل والعبد والامة ومنها الحديث وجعل في الجنين غرة اي

اي عبدا او امة انتقى ان وفت القيمة او الغرة يعني لو ردت الجارية والولد معا وقد
نقصت قيمة الجارية بالولادة وفي قيمة الولد وفاء بنقصانها ينجبر النقصان
بقيمة الولد ولم يضمن الغاصب شيئا وكذا لم يضمن الغاصب شيئا لو كان في غرة
الولد وفاء بذلك النقصان لان الغرة كالولد لقيامها مقامه لوجوبها بدلا
عنه وان لم يكن في قيمة الولد او الغرة وفاء بنقصان الجارية يسقط حصة
قيمة الولد او الغرة ويضمن الباقي من النقصان هذا عندنا وقال زفر والشافعي
لا ينجبر النقصان بقيمة الولد او بالغرة لان الولد ملكه فكيف يجبر ملكه بملكه
فصار كولد الظبية المخرجة من الحرم كما لو هلك الولد قبل الرد او هلكت الام
بالولادة او غيره من الاسباب وفي قيمة الولد وفاء وكما لو جز صوف
شاة غيره او قطع قوائم شجر غيره فنبت مكانه غيره او خصى عبد غيره فازداد
قيمته بالخصي او علمه حرفة فاصابه التعليم وازدادت به قيمته فانه يجبر الصوف
بالصوف والقوائم بالقوائم ولا ما نقص من الجز والخصي والتعليم بما زاد من
القيمة فيه بل يضمن الجزء الفائت ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو
العلوق عند ابي ح والولادة عند ابي يوسف ومحمد وعند اتحاد السبب لا يعد
النقصان نقصانا لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان معا
اعني حدوث مالية الولد وفوات جزء من مالية الام كانت الزيادة خلفا
عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع عن ملك البائع وادخل الثمن في ملكه جعل
الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب وتاثيره فيهما معا حتى ان الشاهدين
اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا
لان الفوات الى خلفه كلا فوات فكانوا بشهادتهم اخلفوا قدر ما اتلفوا بها
فلا يعد ذلك اتلافا منهم ونظيره ما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت
او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع
العبد الى مالكه يحتسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلفه وقولهما
كولد الظبية قلنا لا نم ان نقصان الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد وكذا
لا نم ان الام اذا ماتت لا تنجبر قيمتها بقيمة الولد اذا كان فيها وفاء وقولهما وكما لو هلك

الولد

597

الولد قبل الرد قلنا ان كلامنا فيما اذا ردت الام بنقصان الولادة هل ينجبر النقصان
برد الولد واذا كان الولد هالكا كيف ينجبر النقصان به والخصي لا يعد زيادة
في الشرع لانه غرض بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار في الشرع وما وراء ذلك
من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لان سبب النقصان القطع والجز وسبب
الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم وسبب الزيادة الفهم فلا يتصل بمحل
النزاع لان محل النزاع ما اتحد فيه السبب ولو زنى بامة غصبها فردها حاملا
فولدت فماتت بها اي بسبب الولادة ضمن قيمتها يوم علوقها بخلاف الحرة وعندهما
لا يضمن في الامة ايضا قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي ح في
الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها فتحبل وتموت في نفاسها قال هو
ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة ضمان وقال ابو يوسف ومحمد
لا ضمان عليه في الامة ايضا اذا ماتت في نفاسها بعد ما يردها وهكذا ذكره
في الهداية والوقاية ايضا وتابعهم المص في رواية هو لكن في ردها حاملا حيث
قدم الحبل الرد على الحبل لبيان ان الحبل كان موجودا وقت الرد وقال في العناية
وقد وقع في عامة النسخ بتقديم الحبل على الرد ففي عامة النسخ لا بيان للمعنى
المذكور هذا لهما ان الرد الى مالكها قد صح لانه اوصل الحق الى المستحق وصحته توجب
البراءة عن الضمان فان قيل لا نم ان الرد صحيح كيف وانها هلكت بسبب كان عنده
لا عند المالك اجيب بان الهلاك كان بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة
عنده لا بسبب كان عند الغاصب والهلاك بسبب كان عند المالك لا يوجب ضمان
القيمة على الغاصب لكنه يوجب ضمان نقصان الحبل والكلام في ضمان القيمة كما اذا
حبلت في يد الغاصب ثم ردها الى مالكها فهلكت في يد المالك او زنت في يد
الغاصب وردها فجلدت فهلكت منه لا يضمن على ما سيصرح بها وكمن اشترى
جارية قد حبلت عند البائع ولم يعلم المشتري بالحبل فولدت عنده عند المشتري
وماتت في نفاسها فانه لا يرجع على البائع بالثمن ولابي ح ان الرد لم يكن صحيحا لان
الصحيح منه ما يكون على الوجه الذي اخذه ولم يوجد هنا فانه غصبها خالية عن
سبب التلف وردها مع سبب التلف فصار كما اذا جنت في يد الغاصب فقتلت بها

في يد المالك او دفعتها بان كانت الجناية خطاء فانه يرجع على الغاصب بكل
القيمة فكذا هذا بخلاف الحرة اذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها
لا تضمن لان الحرة لا تضمن بالغصب ولهذا لو هلكت الحرة عنده لا تضمن وقولهما
وكمن اشترى جارية اه قلنا ان الواجب على البائع في فصل الشراء هو تسليم
المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد ان كان وقت العقد سليما يجب عليه
التسليم سليما وان كان معيبا يجب عليه التسليم معيبا وقد كان المبيع ههنا
معيبا وقت العقد بالحمل فوجب تسليمه كذلك وبعيوبها بالولادة لا ينعدم
التسليم الواجب واما في الغصب فسلامة المغصوب شرط لصحة الرد فما
لم يرد مثلما اخذ فالرد فاسد فافترقا واما مسئلة الحمى والزنا فسنبينه
في شرح قوله ولو ردها اي الامة المغصوبة محمومة فماتت في يد المالك
لا يضمن الغاصب قيمتها لان سبب موتها ما بها من الحمى والضعف وقت الموت
فيحتمل ان يكون سببه عادة كانت في يد الغاصب بالسلك فلا يضمن
وكذا اي لا يضمن لو زنت الامة المغصوبة عنده اي عند الغاصب فردها فجلدت
عند المالك فماتت منه اي من الجلد لان الزنى الذي وجد في يد الغاصب
انما يوجب الجلد المولم لا الجارح ولا المتلف وما جلدت في يد المالك بجلد
متلف كان غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن ولا يضمن منافع ما
غصبه والمراد بالمنافع هو الاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب واستعماله
لا الزوائد المتولدة من المغصوب متصلة ومنفصلة لان حكم الزوائد
قد تقدم بيانه من قبل سواء سكنه او اجره او استعمله وعطله بان يترك
معطلا من غير استعمال واستغلال وقال الشافعي انها مضمونة باجر المثل
سواء سكنه او عطله وقال مالك سكنها او استعملها يلزم اجر المثل وان عطلها
لا يلزم شيء واستدل الشافعي بان المنافع اموال متقومة لكونها غير الادمي
خلق لمصلحة الادمي وتضمن بالعقود كالاعيان صحيحة كانت العقود او فاسدة
فكذا بالغصوب لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما كما لو ورد العقد على الميتة
ولنا ان المنافع حصلت على ملك الغاصب لانها حصلت في تصرفه وكسبه

وما حدث في تصرف الرجل وكسبه فهو ملكه دفعا لحاجته فان الملك لم يثبت للعبد
الا دفعا لحاجته فاذا حصلت في ملكه لا يضمن لان الانسان لا يضمن ملك
نفسه ولو سلم حدوثها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها لعدم
بقائها اذ الاعراض لا تبقى ولو سلم تحقق غصبها واتلافها لكن شرط ضمان
العدوان المماثلة نصا واجماعا والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان
الا في الوقف وكذا في مال اليتيم والمعد للاستغلال فانه يلزم اجر المثل في
هذه الثلثة الا ان شبهة الملك او العقد اسقط الضمان في المعد للاستغلال
لا في مال الوقف واليتيم على ما في اجارات البزازية قال في العمادية نقلا
عن ظهير الدين الفتوى في غصب العقار والدور الموقوفة بالضمان كان
الفتوى في غصب منافع الوقف بالضمان ثم قال فوائد صاحب المحيط اشترى
دارا وسكنها ثم ظهر انها وقف او كانت للصغير يجب عليه اجر المثل صيانة
لمال الوقف والصغير ولا يضمن ايضا خمر المسلم او خنزيره بالاتلاف سواء كان
المتلف مسلما او ذميا فانه لا ضمان عليها بالاجماع على ما في العناية لعدم
تقومها في حق المسلم والضمان في المتقوم وضمن القيمة فيهما اي في الخمر والخنزير
لو كانا لذمي لانها مال في حقه فيضمنه المتلف سواء كان مسلما او ذميا وقال
الشافعي لا ضمان على المتلف ايضا لانه سقط تقومها في حق المسلم فكذا في حق
الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام قال عم اذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما
للمسلمين وعليهم ما عليهم فاذا سقط تقومها لا يجب باتلافها مال متقوم وهو ما
يضمن به ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير عندهم كالشاة
عندنا فاذا وجد التقوم فيكون متلفا لمال متقوم مملوك فيضمنه المتلف الا ان
متلف الخمر لو كان مسلما يضمن قيمته لا مثله وان كان مثليا لان المسلم ممنوع عن
تملكه وتمليكه ولو كان ذميا يضمن مثله واليه اشار بقوله وان اتلف ذمي
خمر ذمي ضمن مثلها لانها من المثليات والذمي غير ممنوع عن تملك الخمر وتمليكه فيضمن
مثلها بخلاف المسلم فانه ممنوع عن تملكه وتمليكه فيضمن قيمته ولا ضمان باتلاف
الميتة ولو وصلبه لذمي وكذا لا ضمان باتلاف الدم لان احدا من اهل الاديان

لا بدين غولها ولا باتلاف متروك التسمية عمدا ولو وصليبه لمن يبيحه من المسلمين
لان ولاية المحاجة والسيف ثابتة فيكون ميتة في حقهم فعلم منه حكم متروك
التسمية عمدا لمن يبيحه بطريق الاولى وان غصب خمر مسلم فخللها بما لا قيمة له بان
نقلها من الشمس الى الظل او من الظل الى الشمس كذا في الزيلعي لخذها اى الخل
المالك بلا شئ لان التخليل تطهير لها بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملك المالك
لان المالية لم يثبت بفعله ولم يتصل له مال متقوم من الغاصب ولو اتلفها اى
الخل الغاصب ضمنها لانه اتلف مال الغير لا لو تلفت لعدم التعدى منه وان خلل
خمر المسلم بالقاء ملح ملكها الغاصب ولا شئ عليه اى على الغاصب لان الخمر لم يكن
متقوما والملح متقوم وقد استهلكه بالخلط بالمتقوم فيرجح جانب الغاصب فيكون
له بغير شئ هذا عند الح وعندهما ياخذها اى الخل المالك ان شاء ويرد قدر
وزن الملح من الخل قال في الزيلعي كانهما اعتبرا الملح مايعا لانه يذوب فيكون
كاختلاط المايع بالمايع فيشتركان فيه عندهما ولو اراد المالك ان لا ياخذ الخل
بل يتركه عليه ويضمنه ففيه اختلاف المشايخ قيل ليس له ذلك بالاتفاق وقيل
ليس له ذلك عند الح وعندهما له ذلك وسياتى بيانه في دفع الجلد بما له قيمة
ولو اتلفها الغاصب لا يضمن عند الح خلافا لهما قالا انه يضمن وسياتى وجه
الطرفين في دفع الجلد بما له قيمة وان خللها بالقاء خل ملكها الغاصب ولا شئ
للمالك عند الامام سواء صارت خلا من ساعتها او بمرور الزمان عليها لان
الخلط استهلاك عنده واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان ولانه لما ملكها بالخلط لا يضمن
لان الانسان لا يضمن ملك نفسه وكذا اى هو للغاصب ولا شئ للمالك عند محمد
ان تخللت من ساعتها لانه استهلكه وملكه وهو غير متقوم وانما التقوم بعد
كونه ملكا له فلا ضمان عليه والا اى وان تخللت بعد زمان فالخل بينهما على قدر ملكها
اى كيلا على ما في الهداية والزيلعي لانه لم يستهلك الخمر فيصير في التقدير كانه خلط
الخل بالخل والخلط ليس باستهلاك عند محمد وان كان مايعا لان الجنس لا يهلك بجنسه
هكذا ذكره في الزيلعي ثم قال وقيل ظاهر الجواب في هذه المسئلة انه يقسم
بينهما على قدر حقهما سواء صارت خلا من ساعتها او بعد حين اما عندهما فلا يشكل

لان

لان الخلط ليس باستهلاك عندهما وكذلك عند الح لان الخلط انما يوجب زوال
الملك اذا كان يوجب الضمان وههنا قد تعذر وجوب الضمان لان خمر المسلم
لا يضمن بالاتلاف فصار كما اذا اختلط بنفسه من غير صنعه كذا في الزيلعي
وفي الهداية وبعض المشايخ قال ان للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه
كلها بغير شئ اى سواء صار خلا بالقاء الملح او بالقاء الخل وسواء تخللت
من ساعتها او بعد زمان وان غصب جلد ميتة فدبغه بما لا قيمة له كالتراب
والشمس لخذه المالك بلا شئ لانه بمنزلة غسل الثوب على ما ذكرناه في مسئلة
الخمر ولو اتلفه الغاصب ضمن قيمته مدبوغا وقيل قيمته طاهرا غير مدبوغ
لان وصف الدباغة هو الذى حصله فلا يضمنه ووجه القول الاول ان
صفة الدباغة تابعة للجلد وهو غير متقومة منفردة عن الجلد فاذا صار
الجلد مضمونا عليه بالاتلاف فكذا ما يتبعه من الصفة يكون مضمونا عليه تبعا
للاصل وان دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك ياخذه اى
الجلد المالك ويرد ما زاد الدبغ اى على الغاصب بخلاف ما اذا خلل خمر مسلم
بما لا قيمة له حيث لخذها المالك بلا شئ على ما تقدم والفرق بينهما ان التخليل
تطهير لها بمنزلة غسل الثوب النجس فلا يتصل به مال متقوم على ما تقدم بخلاف
دباغة الجلد بما له قيمة فانه اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في
الثوب فيلزم رد ما زاد الدبغ ثم اشار الى طريق معرفة ما زاد الدبغ بقوله بان
يقوم الجلد مدبوغا ويقوم ذكيا غير مدبوغ ويرد فضل ما بينهما وللغاصب
ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق حبس المبيع للبايع للثمن والرهن للمرتهن
للدين هذا كله فيما اذا كان الجلد باقيا في يد الغاصب بعد الدبغ واما اذا لم يكن
باقيا فاشار الى بيان حكمه بقوله وان اتلفه اى اتلف الجلد الغاصب لا يضمن عند
الح وعندهما يضمنه مدبوغا الا قدر ما زاد الدبغ لهما ان الجلد باق على ملك
المالك حتى كان له ان ياخذه فاذا كان باقيا على ملكه وهو مال متقوم وقد استهلكه
يضمنه مدبوغا بالاستهلاك كما اذا خلل خمر مسلم بما له قيمة ثم اتلفه على ما تقدم
فاذا ضمنه مدبوغا يرده المالك ما زاد الدباغ فيه لانه مال الغاصب كما اذا

اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويرد المالك ما زاد الصبغ فيه قال في
الزيلعي والعناية قولهما ويرده المالك ما زاد الدبغ فيه محمول على اختلاف الجنس
يعني ان القاضي يقوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير فيضمن الغاصب القيمة
ويأخذ ما زاد الصبغ اما اذا قومها بالدراهم او بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر
ياخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه ولابي ح انا
لا نسلم ان الجلد مال متقوم بنفسه وانما حصل له التقوم بصنعة الغاصب وصنعته
تقوم لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى استوفى
ما زاد الدباغ فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعا لصنعة الغاصب
في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمونة عليه بالاتلاف فكذا التابع
لئلا يلزم مخالفة الفرع الاصل كما اذا هلك من غير صنعه فان عدم الضمان
هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمونة فكذلك الجلد والا فالغصب
موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك بخلاف الثوب المصبوغ لان التقوم
فيه كان ثابتا قبل الصبغ فلم يكن الثوب تابعا للصنعة كما في الجلد المدبوغ بماله
قيمة والتقوم يوجب الضمان بالاتلاف هذا ولو كان الجلد المدبوغ بماله قيمة
قائما في يد الغاصب فاراد المالك ان يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته فهل له ذلك
قيل ليس له ذلك بالاختلاف لان الجلد لا قيمة له بخلاف الثوب لان له قيمة قبل
الصبغ فلمالكه ان يرده على الغاصب ويضمنه قيمته وقيل ليس له ذلك عند ابي ح
وعندهما له ذلك ولو تلف الجلد المدبوغ بما له قيمة لا يضمن اتفاقا لما ذكرناه
من ان الاصل فيه غير مضمونة فكذلك التبع وهو الجلد ومن كسر لمسلم بربطا هو آلة
من آلات الطرب وطبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا هو اسم للنيء من ماء الرطب
اذا اشتد او منصفا اي ما يذهب نصفه بالطبخ ضمن قيمته لغير لهو ففي الطنبور
يضمن قيمة الخشب المنحوت وكذا الحال في الطبل والدف وانما لم يضمن المثل في السكر
والمنصف مع انهما من المثليات لان المسلم ممنوع من تملك عينه وتمليكه وان كان
لو فعل جاز ولذا جاز بيعه عند ابي ح على ما دل عليه قوله ويصح بيع هذه الاشياء
عند ابي ح وقالا لا يضمن هذه الاشياء بالاتلاف ولا يجوز بيعها وعليه الفتوى

لانها

600

لانها معدة للمعصية فسقط تقومها كالخمر ولانه فعله باذن الشرع لقوله عم
بعثت بتكسير المزامير وقتل الخنازير ولابي ح انه اتلف ما لا ينتفع به من وجه اخر
سوى اللهو فلا يبطل قيمته لاجل اللهو كاستهلاك الامة المغنية لان الفساد
مضاف الى فعل فاعل مختار وجواز البيع ووجوب الثمن مبنيان على المالية وقد
وجد ذلك بخلاف الصليب حيث يضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم عندهم
وقد امرنا بتركهم وما يدينون قيل الخلاف المذكور في الطبل والدف الذي
يضرب للهو واما الدف والطبل الذي يباح ضربها في العرس والغزو فيضمن
بالاتفاق وفي الاختيار لو احرق بابا منحوتا عليه نقوش ضمن غير منقوش
لان نقش التماثيل حرام غير متقوم وان كان مقطوع الراس يضمن قيمته منقوشا
ومن غصب مدبرة فماتت في يده ضمن قيمتها مدبرة بالاتفاق لانه اتلف
مالا متقوما فصل عليكها بالضمان قالوا لا يملكها لانها لا تقبل النقل الى من ملك
الى ملك وقد تقدم في كتاب العتاق وكذا الحال في المدبر ولو غصبا مكاتبا
وهلك يضمن على ما ذكره قاضيخان في باب البيع الباطل لكن ذكر في جناية
مبسوط السرخسي ان المكاتب لا يضمن بالغصب والبيع الفاسد ولو غصب ام ولد
فلا ضمان عند ابي ح خلافا لهما لانها متقومة عندنا غير متقومة عنده وقد تقدم
وجهها في العتاق ولو شق الزق اي زق الخمر لاراقة الخمر لا يضمنه عند ابي يوسف
خلافا لمحمد وابو ح مع محمد على ما دل عليه كلام الزيلعي حيث قال ولو كسر زقا فيه
خمر يضمن عندهما لامكان الاراقة بدون كسر الزق وعند ابي يوسف لا يضمن
لانه قد لا يتيسر الاراقة بدونه وذكر في النهاية ان الصحيح لا يضمن بالكسر
ان كان باذن الامام والفتوى في زماننا على قولهما لكثرة الفساد فيما بين
الناس وفيها ايضا ذكر الصدر الشهيد رواية عن اصحابنا انه يهدم البيت على من
اعتاد الفسق وانواع الفساد حتى قالوا ايضا لا باس بالهجوم على بيت المفسدين
وقيل يراق العصير ايضا قبل ان يشتد ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق
وفسرنا الزق بزق الخمر لان الاختلاف المذكور فيه لان في زق ما يحل اكله وشربه
لانه ذكر في العناية نقلا عن العدة لو شق زق دهن سال حتى سال ضمن

بالاتفاق وكذا في قطع حبل القنديل ثم قال فيها لو فتح الزق والسمن جامد فذاب
وخرج بالذوب لا يضمن وعند محمد يضمن وفي مبسوط ابي شجاع اذا شق الرجل
رواية انسان فانه يضمن لما شق منها وما سال لانه افسد عليه ملكه وفي فتاوى
سمرقند اذا شق رواية رجل فسال ما فيها حتى مال الى الجانب الاخر فوقعت
وتخرقت وسال ما في الزق الاخر ضمن الشاق الا انه اذا ساقها رب الدابة
مع علمه بالشق لا ضمان على الشاق على كل حال وفي الايضاح لو حل رباط الزيت
فان كان ذائبا ضمن وان كان جامدا فذاب السمن وسال لا يضمن وفي المختلفات
القديمة لو فتح زق سمن او دبس فخرج منه فانه يضمن ولو وقف ساعة ثم سال
لا يضمن قال بعض المشايخ يضمن على كل حال والصحيح هو الاول ولا ضمان على من
حل قيد عبد غيره او رباط دابته او فتح اصطبلها او قفص طير فذهب العبد
او الدابة او الطير خلافا لمحمد في الدابة والطير فانه قال يضمن الدابة والطير لانه
اتلف مال الغير بخلاف العبد فان له اختيارا صحيحا فيضاف فراره الى اختياره
لانه مباشر ومطلق القيد مسبب والاصل في الاضافة هو المباشر بخلاف
الدابة والطير اذ ليس لها اختيار صحيح وقالا لا لانه ليس لها اختيار بل تري
عيانا انهما يخرجان اختيارا او يذهبا باختيار كالعبد فلا ضمان في الكل كما هو
رواية اخرى عن محمد قال في بعض اصول الفقه كل ما كان الغالب فيه ان
يلبث فانه لا يضمن كفتح باب القفص والاصطبل وحل قيد العبد وما كان الغالب
فيه ان لا يلبث فانه يضمن كشق الزق وحل حبل القنديل وعن ابي القاسم الصفار
انه يضمن في الكل والمودع اذا فتح باب القفص او الاصطبل او حل قيد العبد
حتى ذهب فانه يضمن سواء وقف ثم ذهب او لم يقف بالاتفاق لانه التزم الحفظ
ولهذا اذا دل الغاصب او السارق الوديعة ضمن وغيره لا يضمن ولو نفر طير انسان
من رجل لا يضمن ولو قصد تنفيره يضمن ولا على من سعى الى السلطان بمن يؤذيه
ولا يندفع ذلك المؤذي عن الاذى الا بالسعي الى السلطان لانه ليس بمختار
في سعيه اليه فيعذر او يسعى بمن يفسق ولا يمتنع عن فسقه بنهيه لانه نهي عن
المنكر وهو مامور به شرعا فلا يضمن ما اخذه السلطان من ماله بسعيه ولا على من

قال

601

قال السلطان قد يغرم وقد لا يغرم ان فلانا وجد مالا او له مال كثير او اصاب
ميراثا كثيرا او عنده مال لفلان الغائب فغرمه السلطان شيئا اي اخذ منه
شيئا غرامة وان كان عادته اي عادة السلطان ان يغرم البتة ضمن الساعي
قال في العمادية نقلا عن صدر الاسلام البزدوي اذا سعى انسان الى سلطان
في حق اخر غرمه السلطان مالا روي بعض علمائنا انهم كانوا يفتون ان
الساعي يضمن وبعضهم فرقوا بين سلطان وسلطان فقالوا ان كان السلطان
معروفا بالعادة وتغريم من سعي اليه يضمن وان لم يكن معروفا بذلك
لا يضمن قال ونحن لا نفتي به فان هذا خلاف اصول اصحابنا فان السعي تسبيب
محض لا هلاك مال صاحب المال فان السلطان يغرمه اختيارا لا طبعا ولكن
لو راى القاضي تضمين الساعي له ذلك لان الموضع موضع الاجتهاد فنحن نكل
الراي الى القاضي انتهى يعني لا ضمان على الساعي مطلقا عند صدر الاسلام لانه
مسبب لا مباشر لكن للقاضي راي ذلك وكذا لو سعى الى السلطان بغير حق
عند محمد زجرا له وبه يفتى قال في العمادية نقلا عن العدة ولو قال ان
فلانا وجد مالا كثيرا او لقطة وقد ظهر انه كان كاذبا ضمن اذا كان السلطان
لا يغرم بمثل هذه السفاهات او قد يغرم وقد لا يغرم فلا يضمن الساعي ولو وقع في
قلبه ان فلانا يجيء الى امراة او جارية فرفع الى السلطان ثم ظهر كذبه عندهما
لا يضمن الساعي وعند محمد يضمن والفتوى على قول محمد لغلبة السعاة في زماننا
ثم ذكر نقلا عن فتاوى قاضي ظهير الساعي اذا سعى بغير ذنب اصلا يضمن كذا اختاره
المتاخرون ولو اطعم الغاصب المغصوب مالكه بريء الغاصب عن الضمان وان
وصله لم يعلم اي مالكه خلافا للشافعي قال لا يبرا به كذا في العمادية وكذا لو كان
المغصوب ثوبا ثم ان الغاصب كساه رب الثوب بريء عن الضمان علم او لم يعلم
خلافا للشافعي واجمعوا انه لو وهب منه وسلمه اليه او باعه منه وهو لا يعلم به
بريء عن الضمان واجمعوا ايضا انه لو كان المغصوب حنطة فطحنها او خبزها واطعم
المغصوب منه او كان المغصوب تمرا فسده وسقاه اياه لا يبرا به عن الضمان
وكذلك لو كان كرباسا فقطعه وخاطه ثم كساه لا يبرا لانه كان ملكه بهذه

الأقاويل هكذا ذكره عن شيخ الإسلام وذكر قبل هذا أيضا غاصب الدابة إذا جاء بها
إلى صاحبها فلم يقبضها منه صاحبها بل تركها حتى ضاعت فلا ضمان على الغاصب
كما لو أخذ منديل إنسان ثم جاء بالمنديل إلى صاحبه فلم يأخذه بل تركه حتى ضاع
لا يضمن الآخذ الرامي لأنه بريء بالرمي عليه ولو باع الغاصب المغصوب بأمر
القاضي يبرأ عن الضمان كما لو باعه بأمر مالكه أخذ ثوب إنسان من بيته بغير
أمره ثم رده إلى بيته فوضعه فيه فهلك بريء من الضمان استحسانا وكذلك لو أخذ
دابة غيره من أرها بدون الإذن ثم ردها إلى موضعها فذهب بريء عن الضمان
استحسانا هذا كله فيما يبرأ الغاصب بفعله وهل يبرأ بفعل المالك فقال في
العمادية والمالك إذا أجر المغصوب من الغاصب يبرأ عن الضمان بنفس العقد كما
لو باعه منه ولو أعاره منه لا يبرأ حتى لو هلك قبل الاستعمال يكون مضمونا
على الغاصب إذا قال المالك للغاصب أودعتك المغصوب ثم هلك في يده يضمن
لأنه لم يوجد الإبراء عن الضمان نصا والأمر بالحفظ وعقد الوديعة لا ينافيان
ضمان الغصب ولو أمر المالك الغاصب يضحي بالشاة المغصوبة فقيل التضحية لا يخرج
عن ضمان الغصب وبعدها يخرج ولو وكل المالك الغاصب ببيع المغصوب لا يبرأ
به عن ضمانه وإن باعه ما لم يسلمه وكذا لو باع المالك المغصوب لا يخرج عن ضمان
الغاصب ما لم يسلمه إلى المشتري **كتاب الشفعة** هي في اللغة مشتقة
من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع وسببها
اتصال ملك الشفيع بملك المشتري بمجاورة أو خليطا وشرطها كون المبيع عقارا
وفي اصطلاح الشرع هي تملك الشفيع العقار احترز به عن المنقول من الشجر
والبناء فإنها من المنقولات ولا شفعة فيها إلا تبعية العقار كالدار والكرم
والرحى أكبر كذا في شرح النقاية وسيأتي في الباب الآتي من الكتاب
أيضا والمراد بالتملك ما يكون ملكا طيبا كما هو المتبادر فلا شفعة فيما يملكه بالبيع
الفاسد وإن اتصل به القبض ما لم يبطل حق البائع في الاسترداد كما سيأتي
على مشتريه الجار متعلق بالتملك وكذا في قوله بما قام عليه أي على المشتري أي الثمن
احترز به عما ملكه بلا عوض كالهبة والإرث والصدقة أو بعوض غير عين كالمهر

والإجارة

والإجارة والخلع والصلح عن دم عمد فإنه لا شفعة في شيء منها على ما سيأتي جبرا
أي بغير رضى المشتري فإن المشتري لا يرضى به غالبا وتجب أي تثبت بعد البيع و
عبارة قاضيخان هكذا وتثبت بالبيع وإنما عدل عنه المص لأنه يشعر أن سبب
الشفعة البيع وليس كذلك بل هو اتصال الملك وتستقر بالإشهاد أي تتأكد
به قال في قاضيخان وتتأكد بالطلب ومآلهما متقارب لأن الإشهاد يستلزم
الطلب وإنما لم تتأكد قبل الإشهاد والطلب لأن حق الشفعة ضعيف يبطل
بالإعراض فلا بد من الطلب والإشهاد عليه ليعلم طلبه فلا بد منه لإثبات
طلبه عند القاضي وتملك أي الشفيع المبيع بالأخذ أي من يد المشتري بقضاء
أو رضاء ولو قال وتملك بقضاء أو بالأخذ برضاء لكان أولى لأنه بعد
القضاء يملكه سواء أخذه أو لا ولذا قال في قاضيخان وتملك بالقضاء
أو بالتسليم وإنما تجب الشفعة للخليط أي الشريك في نفس المبيع بأن يكون
المبيع مشتركا بين رجلين فباع أحدهما نصيبه فإن لم يكن خليطا في نفس المبيع
صح أو كان خليطا فيه لكنه سلم الشفعة إلى المشتري فللخليط في حق المبيع
كالشرب والطريق الخاصين ولو كانا عامين فللجار كنهر لا يجري فيه السفن
مثال للشرب الخاص أي أصغر السفن فالنهر العام عند أبي ح ما يجري فيه السفن
كدجلة وفرات وجيحون ونيل وذكر شيخ الإسلام أن المشايخ اختلفوا فيه
فقيل الخاص ما يتفرق ماؤه بين الشركاء ولا يبقى إذا انتهى إلى آخر الأراضي
ولا يكون له منفذ إلى المفاوز أو إلى جماعة المسلمين والعام ما يتفرق ويبقى
وله منفذ وعامة المشايخ على أنه ما كان شركاؤه لا يحصون واختلفوا فيما
لا يحصى من خمسمائة أو مائة أو أربعين أو عشرة والأصح أنه مفوض إلى رأي كل
مجتهد في زمانه فلو باع حصته بشربها فالشفعة للخليط ثم لأهل الجدول
ثم لأهل الساقية ثم لأهل النهر العظيم كذا في شرح النقاية نقلا عن السعه
ومثال الطريق الخاص هذا ما ذكره بقوله وطريق لا ينفذ أي السكة الغير
النافذة ثم للجار الملاصق ولو كان ذميا أو عبدا مأذونا أو مكاتبا وإنما شرع
لدفع ضرر الجار السوء ولو وصلية بابه أي باب عقاره الجار ويجوز أي رجاعه

الى المبيع ايضا في سكة اخرى نافذة او غير نافذة قال في قاضيخان الخليط اي
الشريك في حقوق الدار والشريك احق من الجار والجار احق من غيره وصورة
هذا الترتيب منزل بين رجلين في دار مشتركة بين احد هذين الرجلين وبين رجل
اخر سواهما وهذه الدار في سكة غير نافذة على ظهر هذا المنزل دار لرجل اخر
باب تلك الدار في سكة اخرى فباع احد شريكي المنزل في الدار نصيبه من المنزل
كان الشريك في المنزل اولى بالشفعة من غيره لانه شريك في نفس البقعة
المبيعة فان سلم هو الشفعة كان الشريك في الدار اولى بالشفعة من الشركاء
في السكة لانه شريك في الطريق الخاص وهو الطريق في الدار فان سلم
هو فاهل السكة احق بالشفعة لانهم شركاء في الطريق الخاص فان سلم اهل
السكة كانت الشفعة للجار الملاصق وهو الذي على ظهر المنزل انتهى واعلم ان
طلب الشفعة واجب على كل من الشفعاء وان لم يتمكن كلهم من الاخذ وفائدة
الطلب يظهر فيما اذا كان الجار لم يطلب الشفعة لمكان الشريك قبله ثم سلم
الشريك الشفعة لم يكن للجار شفعة لعدم طلبه اولا كذا في شرح النقاية
ومن له جذوع على حائطها اي حائط البقعة المبيعة او شركة اي للبائع في
خشبة موضوعة عليه اي على حائط المبيع جار اي لا خليط وشريك فاذا كان
هو جارا لا يقدم على سائر الجيران في الشفعة بيانه ان الشركة المعتبرة في
الشفعة هي الشركة في العقار لا في المنقول والخشبة من المنقولات
وبالشركة فيها لا يكون شريكا في الدار نفسها فلا يستحق الشفعة بحق الشركة ولكنه
يكون جارا ملاصقا لوجود اتصال بقعة احدهما ببقعة الاخر فيستحق الشفعة
بحق الجار الملاصق فلا يقدم بذلك على سائر الجيران وكذا لا يكون شريكا في
الدار المبيعة بوضع الجذوع على حائط المبيع ولكنه يكون جارا ملاصقا لما ذكرنا
فلا يقدم به على سائر الجيران وان في نفس الجدار فشريك اي ان كان له شركة
في نفس الجدار فشريك لا جار فيقدم في الشفعة على الجيران لكن المراد
بالشركة في نفس الجدار هو الشركة في البناء مع المكان الذي عليه البناء
لا الشركة في مجرد البناء لان الشركة في مجرد البناء بدون الارض لا يستحق بها

الشفعة

الشفعة بحق الشركة كما في الشركة في خشبة موضوعة على الحائط نعم يستحق
الشفعة بها بحق الجار الملاصق قال في الزيلعي اذا كان بعض الجيران شريكا في
الجدار بدون الارض لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة في البناء المجرد
بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ولو كان البناء والمكان الذي عليه البناء
مشتركا بينهما كان اولى من غيره من الجيران ويتاتى ذلك بان يبني الشريكان
في الارض المشتركة ثم يقتسمان الارض غير موضع البناء فيبقى البناء وموضعه
على الشركة وانما كان هو اولى من غيره لانه شريك في بعض المبيع والشريك
اولى من الجيران اما في موضع البناء فظاهر لكونه شريكا فيه واما في الباقي
من موضع البناء من المبيع فكذلك اولى فيه عند محمد واحدى الروايتين عن
ابي يوسف لان الضرر اخص به حيث كان شريكا في البعض فيقدم على الجار
وفي رواية اخرى عنه هو والجار سواء الا في موضع الجدار لان استحقاقه
الشفعة في غير موضع الجدار بالجوار وغيره يساويه فيه وعلى هذا لو كان
بعض الجيران شريكا في منزل من الدار او في بيت منها فبيعت الدار كان
هو احق في المنزل من غيره من الجيران واستووا في البقعة في رواية
عنه لان كلهم جيران في حق البقعة وكذا لو كان دار بين رجلين ولاحدهما
فيها بئر مشتركة بينه وبين اخر غير شريكه في الدار فباعها كان الشريك في
الدار اولى بشفعة الدار لانه شريك فيها وفي الاحجار والشريك في البئر اولى
بالبئر لانه شريك فيها وفي الاحجار ثم ما ذكره المص هنا كله مذهبنا وقال
الشافعي لا شفعة للجار ووجهه والجواب عنه مذكور في المفصلات وهي اي
الشفعة تثبت على عدد الرؤس اي رؤس الشفعاء اذا كانوا اكثرين لا السهام
اي قدر الملك صورته دار بين ثلثة لاحدهم نصفها وللاخر سدسها وللثالث
ثلثها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الاخران الشفعة يقضى بالنصف
بينهما وكذا لو باع صاحب السدس او الثلث يقضى بالنصف بينهما هذا عندنا
وقال الشا فهي تثبت بقدر السهام حتى لو باع صاحب النصف في الصورة
المذكورة يقضى بينهما بالشفعة اثلاثا بقدر سهامهما ولو باع صاحب السدس

يقضي بينها اخماسا ولو باع صاحب الثلث يقضي بينها ارباعا استدل الشافعي بان
الشفعة من مرافق ملكه لانها لتكميل منفعته وكل ما هو كذلك فهو مقدر بقدر
ملكه كالربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق
وهو الاتصال ولهذا لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا اية كمال السبب
والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في الاستحقاق لا محالة
ليثبت الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الملك
الكثير اكثر اتصالا فلا يتساويان في السبب قلنا ان كثرة الاتصال تؤذن
بكثرة العلة الا ترى ان الاتصال بكل جزء علة بدليل ان صاحب القليل لو انفرد
استحق الجميع وقد تقرر في الاصول انه لا ترجيح بكثرة العلة وانما الترجيح بقوتها
ولا قوة هنا في الكثير لظهور القليل في مقابلة الكثير حيث يستحق
صاحب القليل ولو كان مرجوحا لما ظهر في مقابلة الراجح وقوله ان الشفعة
من مرافق ملكه قلنا مم لان التمكن من التملك ملكا للغير يجعل الشفعة من ثمرات
ملكه ومرافقه كالاب فان له التمكن من تملك جارية ابنه ولا يعد ذلك من
ثمرات ملكه بخلاف ما استشهد به من الربح والغلة والولد والثمرة فانها
متولدة من الملك فيستحق بقدر الملك وتملك ملك الغير لا يتولد من ملكه
فكيف يجعل من ثمرات ملكه ثم لو اسقط بعضهم حقه قبل القضاء له بحقه
من الشفعة فالشفعة للباقين في الكل على عدد رؤسهم ايضا دون سهامهم
لان السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والتنقيص كان للمزاحمة
وقد انقطعت بالتسليم نظيره الرهن فانه لو كان رهنا عند رجلين فاسقط
احدهما حقه وقضي دين احدهما كان الرهن كله للاخر وليس له ان يأخذ شيئا من
الرهن بخلاف ما لو اسقط حقه بعد القضاء له حيث لا يكون للباقي ان
يأخذ نصيب التارك لانه بالقضاء له قطع حق كل واحد منهم في نصيب المقضي له
فليس لهم ان يأخذوا نصيبه بعده والالزم ان يكون شخص واحد مقضيا عليه
ومقضيا له في قضية واحدة ولا فرق في هذا بين ما استووا في سبب
الشفعة وبين ما يكون بعضهم اقوى كالشريك مع الجار ولو كان البعض غائبا يقضي

بالشفعة

بالشفعة بين الحاضرين على عدد رؤسهم لان الغائب يحتمل ان يطلب وان لا يطلب
فلا يترك حق الحاضرين بالشك وان قضي للحاضرين بالجميع ثم حضر اخر وطلبها
يقضي له بالنصف فان حضر ثالث وطلبها يقضي له بثلث ما في يد كل واحد
منهما تحقيقا للتسوية ولو جعل بعضهم نصيبه لبعض لا يصح ويبطل حقه لاعراضه
ويقسم بين الباقين على عدد رؤسهم فاذا علم الشفيع اعلم انه لا بد في الشفعة
من الطلب وهو ثلثة طلب مواثبة وطلب اشهاد وطلب اخذ وتملك فاشار
الى الاول بقوله بالبيع متعلق بعلم ليشهد من الاشهاد في مجلس علمه انه
يطلبها اي الشفعة ويسمى هذا الاشهاد الطلب وطلب مواثبة ولا بد له من
هذا الطلب لقوله عم الشفعة لمن واثبها وشرط ان يكون على الفور كما علم بالبيع
من غير تأخير عملا بلفظ الحديث لان معنى واثبها طلبها على وجه السرعة والمبادرة
ولان سكوته وتأخيره بعد العلم بالبيع بلا عذر يدل على عدم طلبه فيبطل شفعته
ولان الشفعة حق ضعيف ولا بد له من الطلب فور العلم حتى لا يبطل حتى
قالوا ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب الى
اخره بطلت شفعته عند عامة المشايخ وهو رواية عن محمد وفي رواية عنه
له مجلس العلم حتى لا يبطل ما لم يوجد منه دليل الاعراض وبه اخذ الكرخي وقال
وهذا بمنزلة خيار المخيرة والامر باليد وقبول البيع فانه يبقى الى ان يوجد منه
دليل الاعراض من القيام من المجلس واستدل عليه بانه لما ثبت له خيار التملك
لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة فله التأمل الى اخر المجلس ولو قال
العبد ما بلغه خبر البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او سبحان الله
لا تبطل شفعته على هذه الرواية لان الاول حمد على الخلاص من سوء جواره و
الثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح الكلام به ولا يدل شيء منه
على الاعراض وكذا اذا قال ابتاعها او بكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن
ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض فلا بد له من ذلك قبل العلم به على الاعراض
وكذا اذا قال خلصني الله تعالى او قال للمشتري حين لقيه السلام عليكم
ورحمة الله بطلت الشفعة او قال كيف اصبحت او قال كيف امسيت او قال الله اكبر

او علم صاحبه فتممه ثم قال طلبت الشفعة صح طلبه قال في الهداية والعناية
ان الاشهاد في طلب المواثبة ليس بشرط وبينه في العناية بان طلب المواثبة
ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم انه غير معرض عن الشفعة فلا يشترط فيه
الاشهاد وفي تقييده بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي فتامل ثم اختلفوا
في لفظ هذا الطلب قال بعضهم يقول طلبت الشفعة وانا طالبها واطلبها وقال
بعضهم يطلب بلفظ الماضي او المستقبل ولا يجمع بينهما وقال بعضهم يقول
اطلب الشفعة واخذها ولا يقول طلبت الشفعة واخذتها لانه وقع كذبا ابتداء
فلو قال بعد ذلك بطلت شفعته وقال بعضهم لا يقول اطلب الشفعة واخذها
لان ذلك عدة محض والمختار انه يصح بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة لان
الاعتبار بالمعنى وقوله طلبت الشفعة واخذتها انشاء حالي لا ماضوي فلا يكون
كاذبا كما في بعت واشتريت فلا تبطل بها الشفعة وهو الصحيح على ما في
العناية وقال في قاضيخان انه اذا طلب باي لفظ من الماضي او المستقبل
يصح طلبه وهل يشترط العدد والعدالة في الاخبار بالبيع ففي قاضيخان
اما طلب المواثبة فوقته فور علم الشفيع بالبيع في ظاهر الرواية ان اخبره بالبيع رجلان
او رجل وامرأتان او رجل عدل وسكت ولم يطلب الشفعة بطلت شفعته وان
اخبره بالبيع رجل غير عدل او امراة او عبد او صبي ولم يطلب الشفعة لا تبطل
شفعته في قول الامام وقالا تبطل لحصول الاعلام بخبر الواحد عدلا كان او لم يكن
حرا كان او عبدا صبيا كان او بالغا ولا يشترط العدد والعدالة عندهما وعند
الامام يشترط للعلم احد شرطي الشهادة العدد او العدالة ولما ذكر طلب المواثبة
شرع في بيان طلب الاشهاد فقال ثم يشهد على العقار هكذا في النسخ التي
عندنا ولو قال عند العقار على ما في الهداية والزيلعي وغيرهما لكان اولى او على
المشتري او على البائع ان كان المبيع في يده اي يد البائع يعني قبل التسليم
الى المشتري ويسمى هذا الطلب طلب اشهاد وتقرير قال في قاضيخان وانما يسمى
هذا طلب الاشهاد لا لان الشهادة شرط فيه بل ليمكنه اثبات الطلب عند جحود
الخصم فان كان الشفيع حاضرا في مجلس البيع فطلب الشفعة بحضرة البائع

او

605

او المشتري كفاه ذلك عن الطلب الثاني اي طلب الاشهاد فيقوم مقام الطلبين وان
لم يكن كذلك بان سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والمبيع فذهب الى
المشتري او الى البائع او الى المبيع لطلب الاشهاد فالمسئلة على وجوه ان كان البائع
والمشتري والشفيع والدار المبيعة في مصر واحد والدار في يد البائع فالى
ايهم يذهب الشفيع وطلب الشفعة صح طلبه ولا يعتبر فيه الاقرب والابعد لان
المصر مع تباعد الاطراف كمكان واحد الا ان يختار على الاقرب ولم يطلب الشفعة
فح تبطل شفعته وان كان البائع والمشتري والدار في مصر واحد والشفيع
في بلدة اخرى فالى ايهم ذهب الشفيع الى البائع والدار في يده او الى
المشتري او الى الدار وطلب الشفعة صح طلبه وان كان الشفيع مع احد المتبايعين
في مصر واحد واحد المتبايعين والدار في غير هذا المصر فقصد الشفيع
الاشهاد بعد طلب الشفعة وترك الاقرب اليه بطلت شفعته وان كان
البائع سلم الدار الى المشتري فان طلب الشفعة من المشتري واشهد صح طلبه
وكذا لو لم يكن الدار في يد المشتري فطلب من المشتري صح طلبه وان طلب من
البائع واشهد ان كانت الدار في يد البائع صح طلبه والا فلا ويصير كانه
لم يطلب انتهى والحاصل انه انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب المواثبة اذا لم يمكنه
الاشهاد عند طلب المواثبة بان سمع الشراء حال غيبة كل من البائع والمشتري
والدار المبيعة واما اذا سمع بحضرة احد هؤلاء واشهد على طلب المواثبة فلا يحتاج
بعده الى طلب الاشهاد بل الاول يكفي عن الطلبين ثم انما صح الاشهاد عند
هؤلاء الثلث لان المشتري والبائع خصم في المشتري بالملك والبائع باليد
قبل التسليم الى المشتري واما بعد التسليم اليه فليس بخصم له اصلا لا ملكا ولا يدا
فلا يصح الاشهاد عليه واما عند العقار فلتعلق الحق به فيقول الشفيع هذا
شروع في بيان صورة طلب الاشهاد اشترى فلان هذه الدار وقد كنت طلبت
الشفعة اي طلب المواثبة وانا اطلبها اي الشفعة الان فاشهدوا على ذلك ويسمى
طلب تقرير واشهاد هكذا صوره في الزيلعي وهذا بناء على الاشهاد عند الدار المبيعة
واما صورة الاشهاد على المشتري فعلى ما ذكره في قاضيخان ان يقول الشفيع

المشتري حين لقيته اطلب منك الشفعة في دار اشتريتها من فلان التي احد حدودها
كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا وانا شفيعها بالجوار بدار احد حدودها
كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا فسلمها لي ولا بد على اطلاقه واستند
في الهداية والزيلعي لزوم بيان المبيع وبيان تحديده الى ابي يوسف اعلم ان
هذا الطلب انما يثبت عند التمكن من الاشهاد حتى لو تمكن ولم يشهد بطلت شفعته
ولو لم يتمكن بان كان الشفيع في الطريق ولم يجد احدا يوكله لم تبطل قال
في قاضيخان ان علم الشفيع بالبيع وهو في طريق مكة فطلب طلب المواثبة
ولم يقدر على طلب الاشهاد بان لم يكن البايع والمشتري في الموقفة فانه يوكل
وكيلا يطلب الشفعة فان لم يوكل ومضى في الطريق فان وجد من يوكله
بالطلب ولم يوكل تبطل شفعته وان لم يجد وكيلا وجد فيجا اي رسولا يكتب كتابا
على يديه ويوكل بالكتاب وكيلا فان لم يفعل بطلت شفعته وان لم يجد وكيلا
ولا فيجا لا تبطل شفعته حتى يجد لانه معذور انتهى وذكر الثالث بقوله ثم
يطلب الشفيع عند قاض فيقول اشترى فلان دار كذا وانا شفيعها بسبب كذا
من الشركة والجوار فمره بالتسليم الي ويسمى طلب خصومة وتمليك ولا بد له من
هذا الطلب ان ابى المشتري من ان يسلم الدار اليه بعد طلب الاشهاد لانه لا يحكم
له بالمبيع بدونه ولا تبطل الشفعة بتاخيره اي تاخير هذا الطلب اي طلب خصومة
وتمليك مطلقا اي بلا تقييد بمدة من شهر او ثلثة ايام فقط في ظاهر المذهب
عن الح وابي يوسف وعليه الفتوى لان الحق متى ثبت واستقر بطلب المواثبة
والاشهاد لا تبطل الا باسقاطه صريحا كما في سائر الحقوق وهذا فيما اذا تركه
من غير عذر لانه اذا تاخر بعذر المرض والسفر او غيرهما من الموانع ولا يمكنه
التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفعته بتاخير هذا الطلب ابدا بالاتفاق على ما صرح به
في العناية وقيل يفتى بقول محمد انه ان اخره شهرا بلا عذر بطلت لانه لو لم يسقط
بتاخير الخصومة ابدا لتضرر المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة
الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل وفي قاضيخان ولو ان الشفيع
بعد طلب المواثبة والاشهاد لم يرفع الامر الى القاضي ان لم يتمكن من الرفع لمرض او حبس

او منع

او منع مانع ولم يجد من يوكله بالخصومة عند القاضي لا تبطل شفعته فان لم يرفع مع
التمكن من المرافعة ذكر في الكتاب انه على شفعته ابدا وان طال الزمان قالوا هذا
قول الح واختلفت الروايات عن محمد في رواية ان مضى شهر ولم يرفع مع التمكن
بطلت شفعته وفي رواية اخرى اذا مضى شهر وثلثة ايام وفي رواية عنه اذا
مضى ثلثة ايام ولم يرفع بطلت شفعته واختلف فيه عن ابي يوسف ايضا والفتوى
على انه شهر انتهى وفي الزيلعي ان ابا يوسف مع الح في ظاهر الرواية ثم ذكر فيه
ولو كان التاخير من مرض او حبس او عدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلده
لا تسقط شفعته بالاجماع وان طالت المدة لانه لا يتمكن من الخصومة في مصره
فقد علم ان عدم قاض يرى الشفعة بالجوار من الموانع المرخصة التاخير وهكذا
في قاضيخان ايضا بخلاف ما اذا اخبر اليهود بالبيع يوم السبت فلم يطلب حيث
تبطل شفعته لانه غير معذور في التاخير وكذا لو كان الشفيع في عسكر
خوارج او اهل بغي فخاف على نفسه ان يدخل في عسكر اهل العدل فلم يطلب
شفعته لانه غير معذور ايضا واذا ادعى اي اذا تقدم الشفيع الى القاضي وادعى
الشراء على المشتري وطلب الشفعة عند القاضي سال القاضي المدعى عليه وهو
المشتري فان اقر المدعى عليه بملك ما يشفع به اي سال القاضي المشتري عن الدار
التي يشفع بها الشفيع هل هي ملك الشفيع ام لا فان اقر انها ملكه او نكل عن الحلف
اي عند انكار المدعى عليه بملك ما يشفع به على العلم بملكيته وانما يحلف على العلم
لان الاستحلاف على ما في يد غيره او برهن الشفيع على انها ملكه سال اي
سال القاضي المشتري عن الشراء فيقول له هل اشتريت ام لا فان اقر به اي بالشراء
او نكل عن اليمين انه ما ابتاع او ما يستحق عليه هذه الشفعة اي من الوجه الذي
ادعاه الشفيع من جهة الشركة او الجوار او برهن الشفيع قضي له اي للشفيع
بها اي بالشفعة لثبوتها عنده هذا هو بيان كيفية طلب الاخذ وقد ذكر فيه
سؤال القاضي المدعى عليه عن ملك الشفيع ولا عقيب طلب الشفيع وليس كذلك
بل القاضي يسأل اولا للمدعي قبل ان يتوجه على المدعى عليه عن موضع الدار
من مصر ومحلة وحدود لانه ادعى حقا فيها فلا بد ان يكون الدار معلومة لان

دعوى المجهول لا يصح فصار كما اذا ادعى رقبتها فاذا بين المدعي ذلك ساله القاضي ايضا
هل قبض المشتري الدار ام لا لانه اذا لم يقبضها لم تصح دعواه على المشتري حتى يحضر
البايع فاذا بين ذلك ساله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع بها لان الناس
مختلفون فيه فلعله ادعاه بسبب غير صالح او يكون هو محجوبا بغيره واذا بين
سببا صالحا ولم يكن محجوبا بغيره ساله انه متى علم وكيف منع حين علم لانها تبطل
بطول الزمان وبالاعراض وبما يدل عليه فلا بد من كشف ذلك فاذا بين ذلك
ساله عن طلب التقرير كيف كان وعند من اشهد وهل كان الذي اشهد عنده
اقرب من غيره ام لا فاذا بين ذلك كله ولم يخل بشيء من شروطه تم دعواه
ثم اقبل القاضي على المدعى عليه فساله عن الدار التي يشفع بها اهي ملك الشفيع ام لا
فان انكر المدعى عليه كونها ملكا للشفيع يقول المدعي اقم البينة انها ملكك فان
عجز عن البينة وطلب يمين المدعى عليه استحلف بالله ما لم يعلم انه مالك لها عند
ابي يوسف وقال محمد يحلف على البتات فان نكل او قامت للشفيع بينة او اقر المشتري
بذلك ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها وبذلك يثبت سبب الشفعة
وبعد ذلك يسال القاضي المدعى عليه عن الشراء كما ذكره المص كذا في الزيلعي
بقي الكلام في بيان الخصم الشرعي عند الدعوى فقال في قاضيخان اذا رفع
الامر الى القاضي فان القاضي لا يسمع دعواه الا بحضرة الخصم فان كان الدار
في يد البايع يشترط لسماع الدعوى حضرة البايع والمشتري وان كانت الدار
في يد المشتري كفا حضرة المشتري ولا يشترط احضار الثمن وقت
الدعوى اي يصح للشفيع دعوى الشفعة من غير احضار الثمن الى مجلس القاضي
فاذا قضى له القاضي بالشفعة لزم احضاره اي احضار الثمن وهذا ظاهر رواية
الاصل وعن محمد ان القاضي لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن وهو رواية
الحسن عن ابي ح احترازا عن توى الثمن وجه الظاهر ان الثمن قبل القضاء غير واجب
عليه ولا يجب التسليم قبل الوجوب فلا معنى لاحضاره قبل القضاء غير واجب
عليه بالشفعة قبل احضاره الثمن حبس الدار عن الشفيع لقبضه اي الثمن لانهما
نزلا منزلة البايع والمشتري وقد كان للبايع حبس المبيع للثمن عن المشتري فكذا هذا

ولا تبطل

ولا تبطل شفعته بتاخير الثمن بعد ما امر باداءه لانها تاكدت بالقضاء فلا تبطل بتاخير
الثمن بخلاف ما اذا اخر قبل القضاء بها بعد الاشهاد عليها فانها تبطل عند محمد
لعدم تاكدها بالقضاء وللشفيع ان يخاصم البايع ان كان المبيع في يده لان
يده يد اصالة فلا يكون خصما ولا يسمع القاضي البينة عليه اي على البايع ان كان
الدار في يده حتى يحضر المشتري لان الشفيع يطلب القضاء بالملك واليد جميعا
والملك للمشتري واليد للبايع فيشترط حضرتهما بخلاف ما لو كانت الدار المبيعة في
يد المشتري فانه لا يشترط حضور البايع لانه صار اجنبيا من الدعوى اذ لم يبق
له يد ولا ملك اصلا فيسمع الدعوى على المشتري فقط بدون حضور البايع
فيفسخ البيع بحضرته اي بحضرة المشتري ويقضي بالشفعة على البايع وجه الفسخ
ان اخذ المبيع من يد البايع يوجب فوات المبيع قبل القبض وفواته قبل القبض يوجب
فسخ العقد لكونه قبل تمامه كما اذا هلك قبل القبض في يد البايع فاذا انفسخ البيع
في حق المشتري يقضي بحق الشفعة على البايع ويجعل العهدة عليه اي على البايع
حتى يجب تسليم المبيع وضمان الثمن عند استحقاق المبيع عليه والوكيل بالشراء
خصم للشفيع ما لم يسلم الدار المبيعة الى الموكل لان حقوق العقد ترجع الى الوكيل
قبل تسليم المبيع الى الموكل والشفعة من حقوق العقد واذا سلم اليه لم يبق له
يد ولا ملك فيرجع الحقوق الى الموكل فيكون الخصم هو الموكل وللشفيع خيار الرؤية
والعيب وان وصلية شرط المشتري اي مع البايع ابراءه منه اي من العيب
او رآه المشتري **فصل** في بيان الاختلاف الواقع بين الشفيع والمشتري
في الثمن وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن وعجزا عن البينة فالقول
للمشتري لانه ينكر ما يدعيه الشفيع من استحقاق الدار عليه باقل الثمنين والقول
قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لانه لم يرد ثمة نص ولا هو في معنى المنصوص
عليه من كل وجه لان التحالف عرف بالنص فيما وجد الدعوى والانكار من
الجانبين والمشتري هنا لا يدعي على الشفيع شيئا فلا يكون في معنى ما ورد به
النص فلا يصح الالحاق به هنا فاذا عجزا عن البرهان وان اقام احدهما بينة قبلت
بينته وان برهنا فللشفيع عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف للمشتري لان بينته

المشتري اكثر اثباتا لانه يدعي زيادة الثمن فصار كبينة البايع اذا اختلف هو والمشتري
في مقدار الثمن واقام البينة فانها للبايع لكونها اكثر اثباتا وكبينة الوكيل بالشراء
مع بينة الموكل اذا اختلفا في الثمن فانها للوكيل وكبينة المشتري من العبد
مع بينة المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد فانها للمشتري لكونها اكثر اثباتا
والشافعي مع ابي يوسف لذلك ولهما طريقان احدهما انه لا تنافي بين البينتين
في حق الشفيع لجواز تحقق البيعين مرة بالف واخرى بالفين مثلا على ما تشهد
عليه البينتان وفسخ احدهما بالاخر لا يظهر في حق الشفيع لتاكد حقه فجاز
ان يجعلا موجودين في حقه وله ان ياخذ بايهما شاء بخلاف البايع مع
المشتري لانهما لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول فالجمع بينهما غير ممكن
فيصار الى اكثرها اثباتا لان المصير الى الترجيح عند تعذر التوفيق وهذا هو
الترجيح لبينة الوكيل ايضا لانه كالبايع والموكل كالمشتري فلا يمكن توالي
العقدين بينهما الا بانفساخ الاول فتعذر التوفيق على انها ممنوعة على ما روى
ابن سماعة عن محمد من ان البينة بينة الموكل واما المشتري من العدو فقد ذكر
في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم ولم يذكر فيه قول ابي يوسف
ولو سلم ان البينة للمشتري فذلك باعتبار ان التوفيق متعذر اذ لا يصح البيع الثاني
هنالك الا بفسخ الاول وهذه طريقة ابي حنيفة في هذه المسئلة حكاها محمد واخذ
بها والطريقة الثالثة حكاها ابو يوسف ولم ياخذ بها وهي ان بينة الشفيع ملزمة
لانها اذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء او ابى والملزم
من البينتين اولى لانها وضعت للالزام وبينة المشتري غير ملزمة لانها اذا قبلت
لا يجب على الشفيع شيء ولكنه مخير بين ان ياخذ او يترك وغير الملزم في مقابلة
الملزم غير معتبر وان ادعى المشتري ثمنا وادعى البايع اقل منه اخذه الشفيع بما قال البايع
قبل قبض الثمن وذلك لان الامر ان كان على ما قال البايع فقد وجبت الشفعة
به وان كان على ما قال المشتري وادعى البايع اقل منه فقد حط البايع بعض
الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما سياتي بيانه فياخذها بما قال البايع
ولان التمليك على البايع كان بايجابه لانه لو لم يقل بعت لا يثبت للشفيع شيء

الايرى انه لو اقر بالبيع وانكره المشتري لا يثبت له حق الاخذ فاذا كان التمليك عليه
بايجابه كان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فياخذ الشفيع بقوله
وبما قال المشتري بعده اي ياخذ المشتري الشفيع بما قال المشتري بعد قبض البايع
الثمن من المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البايع لان البايع لما استوفى الثمن
انتهى حكم العقد وخرج من البين وصار كالاجنبي فبقي الاختلاف بين الشفيع
والمشتري فيكون القول للمشتري وان عكسا بان ادعى البايع ثمنا والمشتري اقل
منه فبعد القبض يعتبر قول المشتري ولا يلتفت الى قول البايع لما ذكرناه من ان
البايع بعد استيفاء الثمن صار اجنبيا من العقد فلا قول له فبقي الاختلاف
بين الشفيع والمشتري فيكون القول له وقبله يتحالفان ويترادان للحديث
المعروف في باب التحالف وان نكل من الحلف اعتبر قول صاحبه فان نكل البايع
اعتبر قول المشتري فياخذه الشفيع بقول المشتري وان نكل المشتري فياخذه الشفيع
بقول البايع وان حلفا فسخ القاضي البيع لما عرف في كتاب الدعوى وياخذه
الشفيع بما قال البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان
الفسخ بالقضاء لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين لا مبطلا لحقوقهم هذا كله
فيما اذا كان مقبوضية الثمن وعدم مقبوضيته معلوما للشفيع واما اذا لم يكن
معلوما له فلا يخلو اما ان يقر البايع بالقبض او لا يقر فان كان الثاني فحكمه حكم ما
اذا كان الثمن غير مقبوض كما عرف ذلك وان كان الاول والحال ان المشتري
يدعي اكثر مما يقول البايع والدار في يد المشتري فاما ان يقر اولا بمقدار
الثمن ثم بالقبض او بالعكس فان كان الاول كما لو قال بعت الدار منه بالف
وقبضت الثمن اخذها الشفيع بقول البايع وهو الالف لانه اذا بدا بالاقرار
بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله قبضت الثمن يريد
اسقاط حق الشفيع فيرد عليه وان كان الثاني كما لو قال قبضت الثمن وهو
الف لم يلتفت الى قوله لا بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وصار
اجنبيا وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن فاذا كان كذلك ياخذه الشفيع
بما قال المشتري هذا كله في الاختلاف بين الشفيع والمشتري او بين المشتري

والبايع في الثمن وان اختلف الشفيع والمشتري في الطلب بان قال المشتري انى
قد اشتريت هذه الدار التي تريد ان تاخذها بالشفعة منذ سنة وقد علم
هذا المدعي بالشراء ولم يطلب الشفعة فيقول القاضي للمدعي متى اشترى هو هذه
فالقول قول الشفيع مع يمينه وان قال الشفيع علمت منذ سنة فطلبت وقال المشتري
لم تطلب كان القول قول المشتري وهو كالبكر اذا زوجت وبلغها الخبر فردت
فاختصما الى القاضي فقال الزوج حين بلغها الخبر سكتت وقالت رددت حين علمت
كان القول قولها ولو قالت علمت يوم كذا ورددت لا يقبل قولها ولو قال الشفيع
لم اعلم بالشراء الا الساعة كان القول قوله وعلى المشتري البينة انه علم قبل ذلك
ولم يطلبه ولو قال المشتري انه لم يطلب الشفعة حين لقيني وقال الشفيع طلبت
الشفعة كان القول قول المشتري ويحلف بالله انه لم يطلب الشفعة حين
لقيتك ولو قيل للشفيع متى علمت فقال امس او في يومي قبل هذه الساعة لا يقبل
قوله الا بالبينة ولو ان رجلا ادعى شفعة بالجوار قبل رجل لا يرى الشفعة بالجوار
فانكر المدعى عليه وقال لا شفعة له كان القول قوله مع يمينه ويحلف بالله
ما لهذا قبلك شفعة على قول من يرى الشفعة بالجوار ولا يحلف بالله ما لهذا
قبلك شفعة في هذه الدار لانه لو حلف على هذا الوجه يحلف بناء على مذهبه
فيفوت حق المدعي رجلان تبايعا فطلب الشفيع الشفعة بحضرة البايع والمشتري
فقال البايع كان البيع بيننا بيع معاملة وصدقه المشتري وانكره الشفيع فالقول
قول الشفيع وهما لا يصدقان على الشفيع على ما ذكره محمد بن الفضل اشترى
دارا لابنه الصغير فاراد الشفيع ان ياخذها بالشفعة واختلفا مع الشفيع
في الثمن فالقول قول الاب ولا يمين على الاب لان فائدة الاستحلاف الاقرار
واقرار الاب لا يصح على الصغير اشترى دارا فحضر الشفيع فاراد ان ياخذ
الدار فقال المشتري احدثت فيها بناء وقال الشفيع لا بل اشتريتها مبنية كما هي
كان القول قول المشتري وان اقام البينة كانت بينة الشفيع اولى وكذا لو اشترى
ارضا فحضر الشفيع وفيها اشجار واختلفا على هذا الوجه يكون قول المشتري
اذا لم يكذبه الظاهر بان قال احدثت فيها الاشجار امس فانه لا يقبل قول المشتري

وان قال اشتريت منذ عشرين يوما واحدثت فيها الاشجار قبل قوله وان قال
المشتري اشتريت البناء بخمسمائة درهم ثم اشتريت الارض بعد ذلك او قال
اشتريت الارض بدون البناء اولا ثم اشتريت البناء بعقد اخر فلا شفعة
لك في البناء وقال الشفيع لا بل اشتريتهما معا في صفقة واحدة في
القياس يكون القول قول المشتري وفي الاستحسان يكون القول قول الشفيع
لان المشتري ينكر الشفعة في البناء لتفرق الصفقة بعد قيام سبب الشفعة
ظاهرا فلا يقبل قوله ولو قال المشتري وهب لي البناء اولا ثم اشتريت الارض
كان القول قول المشتري وياخذ الشفيع الارض بدون البناء ولو قال اشتريت
النصف ثم النصف الاخر وقال الشفيع بالجوار اشتريت الكل بعقد واحد كان
القول قول الشفيع استحسانا وان اقاما البينة كانت البينة بينة المشتري
في قول ابي يوسف لانه هو المحتاج الى البينة وعلى قول محمد البينة بينة الشفيع
وان قال المشتري وهب لي هذا البيت من الدار بطريقه الى باب الدار ثم باعني
ما بقي من الدار بالف درهم وقال الشفيع بل اشتريت كل الدار بالف درهم كان
القول قول المشتري في البيت وياخذ الشفيع كل الدار غير البيت وطريقه
ان شاء بالف وان جحد البايع هبة البيت كان القول قوله مع يمينه الكل في
قاضيخان وان حط البايع عن المشتري بعض الثمن ياخذ الشفيع بالباقي
اي من الثمن وان حط الكل ياخذ بالكل لان حط البعض قبل القبض يلتحق باصل
العقد فيصير كانه اشتراه بذلك الباقي فيظهر ذلك في حق الشفيع لانه انما
ياخذ بالثمن والثمن هو ما بقي ولا فرق في ذلك بين ان يكون الحط قبل اخذه
بالشفعة او بعده لوجود الالتحاق في الصورتين فيرجع الشفيع على
المشتري بالزيادة ان كان اوفاه الثمن ولو حط بعضه بعد تسليمه الشفعة كان
له ان ياخذها بالباقي لانه تبين له ان الثمن اقل فلا يصح تسليمه بخلاف
حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد لئلا يخرج العقد عن موضوعه لانه لو التحق
به لكان هبة او بيعا بلا ثمن وهو فاسد فلا شفعة فيها وان حط النصف ثم حط
النصف الاخر ياخذ الشفيع بالنصف الاخير لانه لما حط النصف الاول التحق

باصل العقد فوجب عليه نصف الثمن فلما حط النصف الاخر كان حطا للجميع فلا يسقط
كما لا يسقط الكل ابتداء وان زاد المشتري في الثمن لا يلزم الزيادة الشفيع
لانه استحق اخذه بالثمن المسمى قبل الزيادة فلا يملك ابطال حقه الثابت له فلا يتغير
العقد في حقه كما لا يتغير بتجديدهما العقد لما يلحقه بذلك من الضرر ولانه
يحتمل انهما تواضعا على ذلك اضرارا بالشفيع بخلاف الحط لانه نفع له واذا كان الثمن
مثليا لزم الشفيع مثله وان كان قيميا فقيمته لان الشفيع تملكه بمثل ما تملكه المشتري
ان مثليا فمثلي وان قيميا فقيمي حتى لو باع دارا بدار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة
الاخر لانها من القيميات وان كان الثمن مؤجلا اخذ الشفيع بثمن حال او يطلب
الشفعة في الحال ويأخذ الدار بعد مضي الاجل يعني الشفيع مخير بين الامرين
وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل عندنا وقال زفر والشافعي في
القديم له ذلك لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيادة والاخذ بالشفعة
بالثمن فيأخذه باصله ووصفه معا كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت
بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع والمشتري فلا اجل فيما بين الشفيع و
بينهما ولانه لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا في حق
الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به في حق المشتري ليس برضى في
حق الشفيع ولا مستلزم له لتفاوت وصف الشيء بتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك
لانه حق المشتري والثمن حق البائع فكيف يكون وصفا له والا لزم ان يكون
الاجل حقا للبائع ايضا ثم للشفيع ان يأخذها بثمن حال ان شاء من البائع ومن
المشتري فاذا اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن من المشتري لتحول الصفقة
الى الشفيع فصار المشتري اجنبيا وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري
بثمن مؤجل كما كان واليه اشار بقوله ولا يتعجل ما على المشتري من الثمن المؤجل
لو اخذ الشفيع بالحال اي بالثمن الحال لان الاجل يثبت بالشرط فلا يبطل باخذ
الشفيع بثمن حال كما لا يبطل ببيعه من غيره الشفيع بثمن حال ولو سكت الشفيع
فيما كان الثمن مؤجلا الى اجل معلوم عن الطلب ليحل الاجل بطلت شفعته
عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف اولا خلافا لابي يوسف اخرا لان الطلب ليس

بمقصود

بمقصود لذاته بل للاخذ وهو لا يتمكن من الاخذ في الحال قبل حلول الاجل بثمن
مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال فلا يكون سكوته دليل الاعراض حتى يبطل
شفعته ولهما ان حق الشفيع قد ثبت ولهذا كان له ان يأخذه بثمن حال ولولا
ان حقه ثابت لما كان له الاخذ في الحال والسكوت عن الطلب في الحال بعد
ثبوت حقه دليل الاعراض فيبطل به شفعته فلا بد له من الطلب وان لم يتمكن من
الاخذ قبل حلول الاجل ولو اشترى ذمي بخمر او خنزير دارا اخذ الشفيع الذمي
بمثل الخمر لان الذمي يملك مثل الخمر وهو من المثليات فيأخذه بمثله واحترز بقيد
الذمي عن المرتد اذ لا شفعة له وعن الشفيع المسلم لما سيأتي ذكره وقيمة
الخنزير لان الذمي يملكها وهو من القيميات فيأخذه بقيمته والمسلم اي يأخذه
الشفيع المسلم بالقيمة فيهما اي في المشتري بخمر وخنزير لان المسلم لا يملك شيئا
من الخمر والخنزير فيأخذه بالقيمة فيهما فان قيل قيمة الخنزير تقوم مقام عينه
لان قيمة ما يكون من القيميات تقوم مقامه فوجب ان يحرم على المسلم قيمته
ايضا بخلاف قيمة الخمر لانه من المثليات فلا تقوم قيمته مقامه فيجوز على المسلم
تمليك قيمته قلنا انما يحرم على المسلم تمليك قيمة الخنزير اذا كانت القيمة بدلا عن
الخنزير وليس كذلك لانها ههنا بدل عن الدار لا عن الخنزير والمستأمن
كالذمي في جميع ما ذكر من الاحكام لالتزامه احكامنا مدة اقامته في دارنا
فصار كالذمي في تلك المدة كذا في الزيلعي ولو بنى المشتري او غرس اي
على الارض المشفوعة اخذها اي الارض المشفوعة الشفيع بالثمن الذي
اشترى بذلك الثمن المشتري وبقيمتهما اي قيمة البناء والغرس مقلوعين اي
مستحقي القلع لا مقلوعا بالفعل على ما تقدم الفرق بينهما في كتاب الغصب كما في
الغصب او كلف المشتري قلعهما اي قلع البناء والغرس وعن ابي يوسف انه لا يكلف
بالقلع بل يخير بين ان يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وهو
احد قولي الشافعي وله قول اخر وهو ان يقلع الغرس ويعطي قيمة البناء لابي يوسف
انه ليس بمتعد في البناء والغرس بل بنى وغرس بناء على انها ملكه فيكون محقا في
البناء والغرس والمحق في الشيء لا يكلف بقلعه لان التكليف بالقلع من احكام

العدوان كالموهوب له اذا بنى او غرس ليس للواهب ان يكلف بالقلع بل يرجع في
الارض وكالمشتري شراء فاسدا اذا بنى او زرع فانه ليس له ان يكلف بقلع البناء
والزرع ووجه ظاهر الرواية ان المشتري بنى او غرس في محل تعلق به حق
متأكد للغير بحيث لا يقدر على اسقاطه جبرا من غير تسليط من جهة من له الحق
وكل ما هو كذلك نقض كالراهن اذا بنى او غرس في المرهون وهذا لان حق الشفيع
اقوى من حق المشتري ولهذا ينقض جميع تصرفات المشتري حتى الوقف والمسجد
والمقبرة على ما في الزيلعي بخلاف بناء الموهوب له والمشتري شراء فاسدا
فان بناءهما حصل بتسليط الواهب والبائع فليس لهما التكليف بالقلع ولا تسليط
هنا من الشفيع فله ان يكلف بالقلع ولو استحقت الارض المشفوعة بعدما بنى
الشفيع او غرس كلف المستحق الشفيع بقلع البناء والغرس فقلع الشفيع البناء
والغرس رجع الشفيع على المشتري بالثمن لانه تبين ان المشتري اخذ الثمن من
الشفيع بغير حق لان الارض لم يكن في ملكه فيسترد الثمن منه فقط اي دون
قيمة البناء والغرس لا على البائع ان كان اخذها منه ولا على المشتري ان كان
اخذها منه قال في الزيلعي معناه انه لا يرجع بما نقص البناء والغرس بالقلع
ثم هذا جواب ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع بقيمة البناء والغرس ايضا
لانه متملك عن المشتري فكان كالمشتري والمشتري في صورة الاستحقاق
يرجع على البائع بالثمن وقيمة البناء فكذلك الشفيع ووجه الظاهر الفرق
بينه وبين المشتري بان المشتري مغرور من جهة البائع مسلط عليه من جهته
ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري لان الشفيع اخذها منه جبرا
وان جف الشجر او انهدم البناء يعني اشترى ارضا فيها شجر او بناء فجف الشجر او انهدم
البناء من غير صنع احد عند المشتري ياخذها اي الارض الشفيع بكل الثمن ان شاء
ولا يسقط من الثمن شيء لان الشجر والبناء تابعان للارض حتى يدخلان في البيع
من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن قال في الزيلعي هذا اذا انهدم البناء
ولم يبق نقض من البناء ولا حطب وخشب من الشجر واما اذا بقي شيء من ذلك
واخذه المشتري فليس للشفيع اخذه لانفصاله من الارض حينئذ لم يكن تبعا

للارض فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك لانه مال قائم بقي محتبسا عند
المشتري فيكون له حصة من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة
النقض يوم الاخذ بالشفعة وان هدم المشتري البناء اخذ الشفيع بحصتها من
من الثمن وليس له اخذ النقض بكسر النون اي المنقوض من البناء وهذا لانه
صار بالاتلاف مقصودا فيقابله شيء من الثمن بخلاف ما اذا انهدم من غير صنع
لان الهلاك فيه بآفة سماوية فلا يقاس عليه فاذا كان له حصة من الثمن
يقسم الثمن على قيمة الارض والبناء يوم العقد عليهما بخلاف ما اذا انهدم بآفة سماوية
وكان النقض باقيا عند المشتري حيث يعتبر هنا قيمة النقض يوم الاخذ بالشفعة
لانه صار له قيمة بالحبس هذا وتقييد الهدم بالمشتري ليس باحتراز عن الاجنبي
لان نقض الاجنبي كنقض المشتري في الحكم المذكور على ما في الزيلعي وان
اشترى المشتري الارض مع شجر مثمر اي عليه ثمر وقت الشراء او غير مثمر اي لا ثمر له وقت
الشراء فاثمر في يده اخذها الشفيع مع الثمر فيهما استحسانا والقياس ان لا يكون
له اخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها ووجه الاستحسان انه بالاتصال
خلقة صار تبعا من وجه لانه متولد من المبيع فيسري اليه الحق الثابت في
الاصل كالمبيعة اذا ولدت قبل القبض فان المشتري يملك الولد تبعا للام فكذا
هذا فان جذه اي الثمر في الفصلين المشتري فليس للشفيع اخذه اي الثمر لبطلان
تبعيته بالكلية بالانفصال ويأخذ الشفيع ما سواه اي ما سوى الثمر المقطوع من
الارض والشجر بالحصة من الثمن في الاول اعني ما اشتراه المشتري مع شجر مثمر وبكل
الثمن في الثاني اعني ما اشتراها بشجر غير مثمر فاثمر في يده وهذا لان الثمر في
الاول كان داخلا في العقد لوجوده حين العقد فيكون له حصة من الثمن
فيسقط حصته منه بالقطع بخلاف الفصل الثاني لان الثمن فيه لم يكن
موجودا عند العقد فلا يدخل عند الاخذ في المبيع الا تبعا فلا يقابله شيء من
الثمن

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب فيه وما يبطلها

انما تجب
اي تثبت الشفعة قصدا احترز به عن البناء والشجر في بيع العقار لان الشفعة
فيهما تجب تبعا للعقار في عقار وهو ما له اصل من دار او ضيعة اطلقه فتشمل

ما يقسم وما لا يقسم كالبئر والرحى والحمام والنهر والطريق لان الشفعة تجب فيها
عندنا وقال الشافعي لا تجب فيما لا يقسم بناء على اصله من ان الشفعة تجب عنده
لدفع اجرة القسام ومؤنة القسمة فلا يتحقق الا فيما لا يقسم قلنا لا نسلم انها تجب
لدفع ذلك بل تجب لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام وذلك لا يختص بما يقسم
بل يجري فيما يقسم وما لا يقسم والنصوص يشهد لنا ايضا منها قوله عم الشفعة
في كل شيء عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات والربع الدار ملك على صيغة
المجهول صفة عقار بعوض هو مال احترز بقوله بعوض عما ملك بهبة فان
الشفعة لا تجب فيها وبقوله هو مال عما اذا ملك بعوض غير مال كالمهر والخلع والصلح
عن دم العمد والعتق ونحو ذلك فان الشفعة لا تجب في هذه الاشياء علما
سياتي وان وصليه لم يمكن قسمته كرحى اي بيت رحى على ما في العناية وحمام
وبئر ونهر في طريق وفيه خلاف الشافعي على ما ذكرناه من قبل ولا تجب اي
لا تثبت في عرض لقوله عم الشفعة في كل عقار لان سكوته عم في محل
البيان يفيد نفي الحكم عن غير المذكور وقال مالك تثبت الشفعة لانها تسكن
كالعقار ولنا قوله عم لا شفعة الا في ربع وحائط والربع الدار وبناء وشجر
بيعا اي البناء والشجر بدون الارض لانها منقولان ولا شفعة في المنقول عندنا
الا تبعا للعقار حتى لو بيعا مع الارض تثبت الشفعة فيها تبعا للارض بخلاف العلو
فانه تجب فيه الشفعة بدون السفل على ما سيصرح به وكذا لا شفعة في بناء
او شجر بني وغرس على ارض الوقف او على ارض الاميرية ولا في ارث وصدقة وهبة
بلا عوض مالي مشروط وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري
بمثل ما تملكه المشتري في المثليات وبقيمته في القيميات فقد شرط الشرع
في تملك الشفيع ان يكون تملكه بسبب كان المشتري تملكه بذلك السبب لا بانشاء
سبب اخر ولهذا لم يثبت الشفعة فيما ملكه بالارث والصدقة والهبة بلا عوض
مشروط لانه لو اخذ الموهوب والتصدق والمورث بالشفعة اخذه بعوض مالي
لا مجانا فكان اخذه بسبب غير السبب الذي تملك به الوارث والفقير والموهوب وهذا
قلب الموضوع بخلاف الهبة بعوض مالي مشروط في العقد وقد وجد القبض بان وهب

دار الرجل على ان يهب الموهوب له الف درهم وتقابضا فان فيه الشفعة لانه في
معنى البيع فياخذه الشفيع بذلك العوض وما بيع اي لا شفعة فيما بيع بخيار البائع
لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة لان
شرط ثبوتها ان يخرج عن ملك البائع ويدخل في ملك المشتري وخيار البائع يمنع
ذلك بخلاف ما اذا اسقط البائع خياره فانه تثبت الشفعة لوجود المقتضي وزوال
المانع واختلف في اشتراط الاشهاد للشفيع عند سقوط الخيار قالوا الاصح
انه يشترط لان البيع انما صار سببا لزوال الملك في ذلك الوقت وبخلاف ما
اذا اشترى بشرط الخيار حيث يثبت له الشفعة لان خيار المشتري لا يمنع زوال
الملك عن البائع ووجوب الشفعة يبتني عليه وسياتي ذكره او بيعا فاسدا
لان البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك للمشتري فيكون ملك البائع باقيا على
ملكه فلا يثبت للشفيع حق الشفعة وبعد القبض وان كان يفيد الملك لكن حق
البائع باق فيها ولهذا كان وجب الرفع لدفع الفساد ويحرم على المشتري التصرف
فيها وفي اثبات الحق للشفيع تقرير الفساد فلا يجوز والا لتحول ذلك الفساد
بعينه الى الشفيع ما لم يسقط البائع المذكور بخيار الشرط او بيعا فاسدا حق الفسخ
اعني الخيار في الاول وبناء المشتري في الدار المشفوعة او اخراج المشتري
المبيع عن ملكه بالبيع او الهبة او جعله مهرا او غير ذلك في الثاني اما سقوط
الخيار للبائع فقد تقدم بيانه واما بناء المشتري فيها فلان حق البائع ينقطع به فلا يملك
الاسترداد لان حق البائع في الاسترداد في البيع الفاسد لحق الشرع والبناء
حق المشتري وحق العبد مقدم على حق الله تعالى لاحتياج العبد وقد بنى المشتري
بتسليط البائع فلا يكون له نقض واما اخراج المشتري المبيع عن ملكه بالبيع
او غيره فلان انقطاع حق البائع ايضا فان المشتري بالشراء الفاسد لو باع المبيع
بالبيع الصحيح يخرج المبيع عن ملكه فكان للشفيع ان ياخذ بالشفعة باي
البيعين شاء لانقطاع حق البائع فان اخذه بالبيع الثاني اخذه بالثمن لان
البيع الثاني صحيح والواجب فيه الثمن فياخذه به وان اخذه بالبيع الاول اخذه بالقيمة
لان الواجب فيه القيمة لفساد هذا البيع ولا يعود حق البائع بنقض البيع الثاني

لما اخذه الشفيع لان البيع الثاني كان صحيحا مفيدا للملك وانما فسخ لحق الشفيع ولو عاد
حق البايع لبطل حق الشفيع وذلك باطل لان ما يكون من مقتضيات حق شخص
لا ينبني على وجه يبطل حقه والا لزم استلزام وجود شئ عدمه وهو محال ولو
لخروجه عن ملكه بالهبة او جعله مهرا او بدل خلع لاخذه الشفيع بالقيمة ولا فيما
قسم بين الشركاء يعني لو اقتسم الشركاء العقار بينهم فلا شفعة لجارهم بالقسمة
لان القسمة يشتمل الافراز والمبادلة والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة
وهي المبادلة من كل وجه او جعل العقار اجرة بان استاجر دارا من رجل العقار
اجرة له او جعل بدل خلع او بدل عتق بان عتق عبدا على دار او بدل صلح عن دم عمد
او جعله مهر الامراة تزوجها والاصل ههنا ما ذكرناه في الارث والصدقة
والهبة وتوضيحه ان الشرع لم يشرع التمليك بالشفعة الا بما يملك به المشتري
صورة ومعنى كما في المثليات او معنى كما في القيميات ولا يمكن ذلك اذا تملك
العقار بهذه المعاني لانها ليست باموال ولا مثل لها حتى ياخذها الشفيع بمثلها
فلا يمكن مراعات شرط الشرع وهو التملك بما يملك به المشتري فلم يكن مشروعا
وفيها خلاف الشافعي اطلق المهر فيتمل المهر المسمى بان جعل العقار مهرا مسمى حين العقد
او بعد العقد ومهر المثل بان تزوجها بغير مهر ثم فرض لها عقارا بدل مهر المثل
بخلاف ما لو باع العقار من زوجته بمهر مسماها او بمهر مثلها فانه يثبت فيه الشفعة
لانه مبادلة مال بمال لان ما اعطاها من العقار بدل عما في ذمته من المهر
كذا في الهداية والزيلعي وان وصلية قوبل ببعضه اي ببعض العقار الذي
جعله مهرا مال وذلك بان تزوج امراة على دار على ان ترد المراة على الزوج
الف درهم في مقابلة بعض الدار فلا شفعة في شئ من الدار عند ابي حنيفة لان
معنى البيع فيه تابع ولا شفعة في المتبوع فكذا في التابع وعندهما تجب
الشفعة في حصة المال لانه مبادلة بمال في الحصة فيجري فيه الشفعة
ولا فيما صولح عنه اي ولا شفعة في عقار صولح عنه بمال لانه اذا صالح عنه
بانكار بقي العقار في يده وهو يزعم انه لم يزل عن ملكه والشفعة تبتني على
زوال الملك او سكوت لانه يحتمل بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه

كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنه باقراره لانه معترف بالملك للمدعي وانما
استفاده بالصلح فكان مبادلة مال بمال فيجري فيه الشفعة وتجب الشفعة
اي تثبت فيما اي في عقار صولح عليه باحدها اي بانكار او سكوت وكذا باقراره
على ما في الهداية لانه اخذه عوضا عن حقه في زعمه فكان مبادلة مال بمال
ولا بد ان يكون العوض من غير جنس حقه لانه اذا كان من جنس حقه كان
اخذه لحقه فليس فيه معاوضة فلا تجب فيه الشفعة كذا في الهداية والعناية
ولا فيما اسلمت شفعته ثم رد بخيار رؤية او شرط او بخيار عيب بقضاء يعني اذا
سلم الشفيع الشفعة ثم رد العقار على البايع بخيار رؤية او شرط كيف ما كان
او بخيار عيب بقضاء قاض لا شفعة فيها لانه فسخ من كل وجه فلا يمكن ان يجعل
عقدا جديدا فعاد الى قديم ملك البايع والشفعة تجب في الانشاء لا في
البقاء على ما كان ولا فرق في ذلك بين ان يكون الفسخ قبل القضاء او بعده
وما رد به اي بخيار عيب بلا قضاء او بالاقالة تجب الشفعة فيه لان الاقالة
بيع جديد في حق الثالث وهو الشفيع على ما تقدم في الاقالة فتجري فيها
الشفعة والرد بعيب بلا قضاء ليس بفسخ من كل وجه بل هو اقالة فتجري فيها
الشفعة ايضا قال في الهداية والعناية اذا رد بعيب بقضاء قاض لا فرق
فيه بين القبض وعدمه في عدم ثبوت الشفعة واما اذا رد بعيب بغير قضاء
فان كان الرد قبل القبض فلا شفعة فيه ايضا لانه فسخ لا بيع من الاصل
وان كان الرد بعد القبض ففيه الشفعة وقال في الزيلعي انما يستقيم هذا
على قول محمد لان بيع العقار عنده لا يجوز قبل القبض كما في المنقول فلا يمكن
حمله على البيع فيحمل على الفسخ وتجب الشفعة اي تثبت في العلو وحده اي
بدون السفل بخلاف البناء بدون العرصة فانه لا تجب الشفعة في البناء وحده
بدون العرصة على ما تقدم في اول هذا الباب وفي السفل بسببه اي بسبب
العلو ولا يخفى عليك ان هذه المسئلة لم يقع في محله عقيب قوله في اول
الباب وبناء وشجر بيعا بدون الارض بان يقول هكذا ولا تجب في عرض وفلك
وبناء وشجر بيعا بدون الارض بخلاف العلو بدون السفل فانه تجب فيه الشفعة

بدون السفل وبسببه تجب الشفعة في السفل ايضا على ما وقع في الهداية حيث
قال فيها ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعا بدون العرصة بخلاف العلو حيث
يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل ثم لا يخفى ان استحقاق الشفعة
في السفل بسبب العلو قد يكون بالجوار وقد يكون بالشركة والاول فيما كان
طريق العلو في السكة لا في السفل فانه يكون العلو جارا للسفل والثاني
فيما كان طريق العلو في السفل فانه يكون العلو شريكا للسفل في الطريق
الخاص فيكون مقدما على الجار في حق الشفعة قال في قاضيخان علو لرجل وسفل
لاخر وطريق العلو في السكة العليا لا في السفل باع صاحب السفل سفله
كان لصاحب العلو ان ياخذ السفل بالشفعة لان السفل متصل بالعلو فكانا
جارين ولو ان صاحب العلو طلب الشفعة فانهدم العلو قبل ان ياخذ وكان
العلو منهدما حين بيع السفل كان لصاحب العلو ان ياخذ السفل بالشفعة في
قول محمد لان له حق التعلي على السفل فياخذ بذلك وقال ابو يوسف اذا انهدم
العلو لا شفعة له وصاحب السفل شفعة العلو احق من الجار في قول الجميع اذا
لم يكن للجار شركة في الطريق انتهى قلت لوضح وجه الطرفين ان محمدا قال ان الشفعة
في العلو لا تستحق بعين البناء لان البناء ما يحول وينقل فيكون من المنقولات
وقد تقدم انه لا شفعة في المنقول وانما تستحق بسبب قرار البناء اعني حق التعلي
وهذا قائم لم يزل بانهدام البناء ولذا كان لصاحب العلو البناء على السفل وان
لم يرض صاحب السفل فاذا قام بسبب الشفعة بعد الانهدام كان له حق الشفعة
بعده وقال ابو يوسف ان الشفعة انما تستحق بما هو مملوك للشفيع بدليل ان
الساكن لا يستحق الشفعة لانعدام الملك وحق التعلي غير مملوك لانه عبارة عن
الهواء وانما المملوك هو البناء وقد انعدم بالانهدام فلم يبق له سبب الشفعة قبل
ان ياخذ فيبطل شفعته وعلى هذا الخلاف ايضا انه اذا بيعت دار بجنب السفل
فانهدم العلو والسفل قبل الاخذ بالشفعة قال ابو يوسف الشفعة لصاحب
السفل فقط وقال محمد لصاحب السفل والعلو معا كذا في المجمع وشروحه وفيما بيع
اي تجب الشفعة في عقار بيع بخيار المشتري لان خيار المشتري لا يمنع زوال

الملك عن البايع ووجوب الشفعة ينبني عليه فان اخذ الشفيع في ايام الخيار اعني
الثلث لزم البيع لعجز المشتري عن الرد على البايع ولا خيار للشفيع لان خيار الشرط لا يثبت
الا بالشرط والشرط كان للمشتري لا للشفيع بخلاف خيار البايع فانه يمنع الشفعة
كما تقدم آنفا وان بيعت دار متصلة بجنب الدار المبيعة بالخيار البناء متعلق بالمبيعة
فالشفعة لمن له الخيار بايعا او مشتريا اما البايع فقط لان ملكه باق في الدار
المبيعة بالخيار وهي التي يشفع بها لان خيار البايع لا يخرج المبيع عن ملكه فاذا كان
ملكه باقيا كان له الشفعة واما المشتري ففيه اشكال لان اصل الجواب ان المشتري
بخيار الشرط لا يملك المبيع في مدة الخيار له والشفعة لا تستحق الا بالملك
فكيف يكون له حق الشفعة ويكون الاخذ بالشفعة اجازة للبيع الاول من
المشتري اي اذا اخذها المشتري بالشفعة يكون اخذه بالشفعة اجازة للبيع
الاول فيسقط خياره فيملك المبيع الاول بالبيع الاول والمبيع الثاني بالشفعة
ومن هنا يمكن اندفاع الاشكال المذكور تامل واما اخذ البايع بالشفعة فكان
نقضا للبيع الاول لانه قرر في ملكه في المبيع واقدام البايع على ما يقرر ملكه
في مدة الخيار نقض للبيع فاذا كان نقضا للبيع سقط خياره ايضا ثم ما ذكره
من قوله ويكون اجازة من المشتري في خيار الشرط للمشتري بخلاف خيار
الرؤية له فانه اذا اشترى دارا ولم يرها لم يبطل خيار الرؤية له باخذ ما بيع بجنب
تلك الدار بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف يبطل
بدلالته وللشفيع الدار الاولى وهي التي اشتراها المشتري بشرط الخيار اخذها
اي الدار الاول منه اي من المشتري بحق الشفعة لا اخذ الدار الثانية وهي التي
اخذها المشتري بطريق الشفعة لانعدام ملك شفيع الاول في الاولى حين
بيعت الثانية فلا يملكها بالشفعة وان بيعت دار بجنب ما بيعت فاسدا فشفيعها
اي شفيع الدار المبيعة بيعا صحيحا بجنب ما بيعت فاسدا البايع الاول اي البايع
فاسدا ان بيعت الدار المبيعة بيعا صحيحا قبل قبض المشتري الدار المبيعة بيعا
فاسدا لان ملك البايع باق فيها قبل قبض المشتري كما كان لان البيع الفاسد
لا يفيد الملك للمشتري قبل قبض ولا يخرجه عن ملك البايع فاذا قبض المشتري

الدار المبيعة بيعا فاسدا بعد الحكم له اى للبايع فاسدا بها اى بشفعة الدار المبيعة بجنب
هذه الدار لا تبطل شفعته لان بقاء ما يستحق به الشفعة فى ملك الشفيع بعد
الحكم بالشفعة ليس بشرط لتقرر الشفعة بالحكم بها بخلاف ما اذا قبضها المشترى
قبل الحكم للبايع بالشفعة فانه بطلت شفعته شفعة البايع لزوال ما كان
يستحق الشفعة به قبل الحكم وان بيعت دار بعد قبض المشترى الدار المبيعة فاسدا
فالشفعة للمشترى لانه ملك تلك الدار فان قيل فى ذلك تعزير للفساد فانه
اخذ الدار المبيعة صحيحا بالشفعة بالدار المشتراة فاسدا وهذا تقرير لهذا الفساد
اجيب بان المشترى بعد اخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء
فاسدا مع عدم الفساد فى الدار التى اخذها بالشفعة بخلاف المشتراة شراء
فاسدا لان اخذها بالشفعة يفضى الى تقرير الفساد على ما تقدم فان استردها البايع
منه اى من المشترى الدار المبيعة بيعا فاسدا قبل الحكم له اى للمشترى شراء فاسدا
بالشفعة اى بشفعة الدار المبيعة بيعا صحيحا بجنب تلك الدار بطلت شفعته
اى شفعة المشترى لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها وهل تثبت الشفعة
للبايع بعد الاسترداد من المشترى ففى العناية انها لا تثبت للبايع لانه لم يكن
فى وقت بيع المشفوع جارا وان استردها بعد الحكم للمشترى بالشفعة بقيت
الدار الثانية التى اخذها بالشفعة على ملكه لان بقاء ملكه فى الدار التى
يشفع بها بعد الحكم له بالشفعة ليس بشرط كما تقدم والمسلم والذمى والباغى
والعادل والصغير والكبير فى الشفعة سواء قال ابن ابى ليلى لا شفعة للكافر
لان الشفعة رفق شرعى فلا يستحقه من ينكر الشرع ولنا العمومات الواردة
فى حق الشفعة من غير فصل بين مسلم وذمى ولانهم فى سبب الشفعة وهو
اتصال الملك وحكمها وهو دفع ضرر سوء الجوار سواء لنا والاستواء فى السبب
والحكم يقتضى الاستواء فى الاستحقاق ايضا وكذا الحر والعبد الماذون والمكاتب
والذكر والانثى لما ذكرناه من العمومات الواردة والاستواء فى السبب والحكم
والاستحقاق ولو وصلية فى بيع السيد كالعكس قال فى قاضيخان لو باع الرجل
دارا وعبده الماذون شفيعها فان كان على العبد دين فله الشفعة وان لم يكن

فلا شفعة له ولو باع المعبد العبد الماذون دارا ومولاه شفيعها فان لم يكن على العبد
دين لا شفعة للمولى وان كان عليه دين فللمولى الشفعة ولو باع المولى دارا ومكاتبه
شفيعها كان له الشفعة ولو باع المكاتب ومولاه شفيعها كان له الشفعة
ايضا انتهى فظهر منه ان كلام المص لا بد ان يقيد بالعبد الماذون المديون كما سيأتى
فى الكتاب ايضا **فصل** لما ذكر ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب شرع فى
بيان ما يبطلها وتبطل الشفعة بتسليم الكل لان تسليم الكل صريح فى الاسقاط
فتبطل به والبعض لان حق الشفعة لا يتجزى ثبوتا لانه يملكه الشفيع كما ملكه المشترى
والمشترى لا يملكه البعض لانه تفريق الصفقة فلا يتجزى اسقاطا ايضا فيكون
ذكر بعضه كذكر كله والمراد بالتسليم هو التسليم بعد البيع لان التسليم قبل وقوع
البيع لا يصح ويصح بعده سواء علم الشفيع بوجوب الشفعة اولم يعلم وعلم من
سلم اليه الشفعة اولم يعلم لان تسليم الشفعة كما فى الطلاق والعتاق ولو
وصلية من الوكيل قال علاء الدين فى شرح الوقاية الوكيل بطلب الشفعة اذا سلم
الشفعة واقر على الموكل انه سلمها فعند الح يصحان فى مجلس القاضى لا فى غيره
وقال ابو يوسف اولا لا يصحان كيف كانا ثم رجع وقال يصحان اين كانا وقال
محمد لا يصح تسليمه بحال ويصح اقراره فى مجلس القاضى لا فى غيره وهكذا ذكره
فى الدرر وقال الوكيل بطلب الشفعة اذا سلم او اقر على الموكل بتسليم الشفعة
صح لو كانا عند القاضى وان كان عند غيره لا يجوز الا انه يخرج من الخصومة وقال
ابو يوسف يجوز مطلقا وقال زفر لا يجوز مطلقا انتهى وقال فى قاضيخان الوكيل
بطلب الشفعة اذا سلم الشفعة للمشترى جاز عند الح وابى يوسف انتهى ولم يقيد
بمجلس القاضى فعلى هذا يكون المراد بالوكيل فى كلام المص هو الوكيل بطلب الشفعة
فمعنى كلامه وتبطل الشفعة بتسليمها ولو كان التسليم صادرا من الوكيل وكذا
تبطل بتسليمها الى الوكيل بالشراء كما فى شرح النقاية وقال فى قاضيخان ولو ان
الشفيع قال للمشترى وقد اشترى الدار لغيره بالوكالة سلمت شفعتها او سلمت
الشفعة لك كان تسليما للشفعة ولو قال الشفيع للبايع والدار فى يد البايع
سلمت شفعتها لك كان تسليما للشفعة ولو قال للبايع بعد ما سلم الدار الى المشترى

سلمت الشفعة لك صح استحسانا ولو قال سلمت الشفعة لك بسببك او لاجلك صح تسليمه قياسا واستحسانا ولو قال للوكيل بالشراء بعد ما دفع الدار الى الموكل سلمت لك الشفعة صح استحسانا ولو اشترى دارا بالوكالة لغيره فقال اجنبي للشفيع سلم شفعة هذه الدار للموكل فقال الشفيع سلمتها لك او لعرضت عنها لك صح تسليمه استحسانا ولو قال الشفيع لاجنبي ابتداء سلمت شفعة هذه الدار لك او قال اعرضت عنها لك لا يصح تسليمه ولا تبطل شفعته قياسا واستحسانا ولو قال الشفيع لاجنبي سلمت الشفعة للموكل او قال وهبتها للموكل او قال اعرضت عنها للموكل لاجلك وشفاعتك صح تسليمه للامر وتبطل شفعته وان قال لاجنبي سلمت لك شراء هذه الدار لم يكن ذلك تسليما ولا تبطل شفعته وبترك طلب المواثبة والتقرير وقد تقدم معنى طلب المواثبة وطلب التقرير وترك طلب المواثبة يكون بتاخيره عن مجلس علمه وترك طلب التقرير يكون بتاخير الاشهاد عن مدة التمكن منه فلو اخر طلب المواثبة عن المجلس والاشهاد عند البايع او المشتري او العقار عن مدة التمكن منه بطلت شفعته ولو كان التاخير بالحمد والتسبيح والتكبير وفي رواية عن محمد انه لو حمد او حوقل او سبح او اجاب سلاما او شمت عاطسا لا تبطل شفعته كما اذا اتم الاربع قبل الظهر وبعد الجمعة وكذا لو اتمها اربعا بعد الظهر لا تبطل ولو جعلها ستا بطلت شفعته وذكر الناطفي انه اذا علم بالبيع وهو في التطوع فجعلها اربعا او ستا لا تبطل شفعته والصحيح انه اذا جعلها ستا تبطل على ما في قاضيخان وفيه ايضا ولو افتتح التطوع بعد طلب المواثبة قبل طلب الاشهاد تبطل شفعته وبالصلح اي تبطل الشفعة بالصلح عن الشفعة على عوض مالي من الدراهم او الدنانير سواء صالح مع المشتري او مع الاجنبي على ما في قاضيخان لانه تسليم للشفعة وعليه اي على الشفيع رده اي رد العوض لان الصلح باطل ايضا لانه ليس للشفيع الا مجرد حق التملك بلا ملك فلا يصح الاعتياض عنه بمال لانه رشوة فيرده قال في قاضيخان رجل اشترى دارا بمائة دينار وقال للشفيع اشتريت هذه الدار بمائة دينار فسلم لي نصفها وادفع نصفها اليك وقال الشفيع نعم ان قال فعلت ذلك يكون تسليما للشفعة قال وذكر هذه المسئلة

في كتاب الشفعة وجعلها على ثلثة اوجه اما ان سلم الشفعة بالدراهم او سلم بعضها بعينها او بعضها بغير عينها ان قال سلمت نصف الشفعة لك بمائة درهم بطلت شفعته في الكل وفي رواية لا تبطل وذكر في الجامع ما يدل على ان تسليم الشفعة في البعض لا يبطل شفعته في الكل فان صالح الشفيع من الشفعة على دراهم بطلت شفعته ولا يجب المال وان صالح على بعض معين من الدار صح ويكون للشفيع نصف الدار ويبقى النصف للمشتري ولذا قيدنا العوض بالدراهم والدنانير ثم قال في قاضيخان ايضا ولو صالح الشفيع الاجنبي من شفعته على دراهم معلومة كان تسليما لها ولا يجب المال لانه لو صالح المشتري من شفعته على مال بطلت شفعته ولا يجب المال وكذا اي تبطل الشفعة لو باع شفعته بمال لما ذكرنا في الصلح على عوض وكذا لو قال الزوج للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامراته ذلك اي اختاريني بالف فاختارته اي اختارت المراة في الصورتين زوجها بطل خيارها ولا يجب العوض على الزوج اعني الالف لان اختيار المراة ليس بمال بل مجرد حق اختيار الزوج بلا مال فلا يصح الاعتياض عنه بمال وتبطل الشفعة ببيع ما يشفع به بيعا باتا حتى لو باعه بالخيار لم تبطل قبل الحكم له اي للشفيع بها اي بالشفعة لان الاستحقاق بالشفعة بالجوار او بالشركة وقد زال ذلك قبل التملك وبموت الشفيع لان ملكه زال بالموت وانتقل الى الوارث وبعد ثبوته لم يوجد البيع لان البيع قد وجد قبل الانتقال الى الوارث فلا يثبت الشفعة للوارث لا بموت المشتري لان المستحق باق وبموت المستحق عليه لا يتغير سبب الاستحقاق ولا شفعة لمن باع اصيلا كان او وكيلا على ما في الكنز يلحق بهذا لان اخذ البايع اصيلا او وكيلا المبيع بالشفعة يكون سعيا في نقض ما تم من جهته وهو الملك واليد للمشتري لان الاخذ بالشفعة تملك المبيع وهو ينافي تمليكه للمشتري وسعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود ومنه ظهر فساد ما في شرح النقاية من تخصيص تفسير البايع ههنا بالوكيل او بيع له يعني رجل وكل رجلا بالبيع فباع الوكيل للموكل داره فلا شفعة للموكل لما ذكرناه من ان اخذه بالشفعة سعي في نقض ما تم من جهته اذ لولا توكيله لما جاز بيعه فكان تمام بيع الوكيل من جهته فسعيه لابطاله

مردود وصورته على ما في العناية رب المال اذا باع المضارب دارا من مال
المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له وصورة لجزي له الوكيل بالبيع
باع دار الموكل وهذه متصلة بدار الموكل فليس للموكل شفعته او ضمن الدرك
اي ضمن الشفيع للمشتري عن البايع الدرك اي الاستحقاق فلا شفعة للشفيع لان
اخذه بالشفعة سعى في نقض ما تم من جهته لان تمام البيع والملك للمشتري انما كان
من جهته فانه لو لم يضمن الدرك لم يرض المشتري او ساوم الشفيع المشتري بيعا
او اجارة لان مساومة المشتري بيعا او اجارة دليل الرضاء بثبوت الملك للمشتري
لان المشتري لا يقدر بيعه منه ولا اجارته منه الا بعد ثبوت الملك له وذلك
لا يكون الا باسقاط الشفيع حقه وكذلك اذا طلبها منه تولية او اخذها مزارعة
او معاملة وكل ذلك بعد العلم بالشراء على ما في الاختيار وتجب الشفعة لمن
ابتاع اي المشتري اصالة او وكالة او ابتيع له اي لاجله وكل الاخر بالشراء فاشترى
الوكيل لاجل الموكل والموكل شفيع كان له الشفعة صورته دار بين ثلثة وللدار
جار ملاصق فاذا بيع هذه الدار واشتراها احد الشركاء تثبت الشفعة للمشتري
سواء اشترى اصالة او وكالة وكذا تثبت للموكل اذا كان اشتراها الوكيل لاجله
تثبت ايضا الشفعة للشريك الاخر وفائدته انها لا تثبت للجار الملاصق لان
الشريك مقدم عليه والاصل هنا ان الشفعة انما تبطل باظهار الشفيع الرغبة
عن الدار لا باظهار الرغبة فيها والشراء اصالة او وكالة اظهار الرغبة في
المشتري فلا يكون ابطالا للشفعة بخلاف البيع اصالة او وكالة فانه اظهار الرغبة
عنه فيكون ابطالا الشفعة لا يستحق به الشفعة ولو قيل للشفيع انها بيعت بالف
درهم فسلم الشفعة ثم بان اي ظهر انها بيعت باقل او بكيلي او وزني او عددي
متقارب قيمته اي قيمة الكيلي او الوزني او العددي الف او اكثر فله الشفعة اما
في ظهوره اقل فلان تسليمه عند كثرة الثمن لا يكون دليلا على تسليمه عند
قلة الثمن لان تسليمه لتعذر الثمن الكثير عليه فيجوز رغبته عنه بالثمن القليل
واما في البواقي فلان تسليمه في احد الجنسين لا يستلزم تسليمه في الجنس
الاخر لانه ربما يسهل عليه الجنس الاخر ولو بان انها بيعت بعرض قيمته الف او بدنانير

فيها الف فلا شفعة له ولو قيل له بيعت بالف فسلم ثم بان انها بيعت بعرض ليس من
ذوات الامثال بل من القيميات وقيمته الف او اكثر صح تسليمه ولا شفعة له لان
الواجب فيه القيمة وهي اما دراهم او دنانير فان كانت كما سمع وسلم وهو الالف
فلا يظهر التفاوت فلا فائدة في الاخذ بالشفعة وان كانت اكثر فلانه انما
سلم الشفعة لاستكثار الثمن فاذا كان اكثر من ذلك كان ارضى بالتسليم بخلاف
ما اذا كانت اقل فان له الاخذ بالشفعة ح لما ذكرناه وكذا اذا بان انها بيعت
بدنانير قيمتها الف او اكثر فلا شفعة له بخلاف ما اذا كانت قيمتها اقل لما ذكرناه
ولو قيل له اي للشفيع المشتري فلان فسلم الشفعة فبان غيره فله الشفعة
لتفاوت الناس في الاخلاق فمنهم من يرغب في معاشرته ومنهم من يجتنب
مخافة شره فالتسليم في حق بعضهم لا يكون تسليما في حق غيره ولو بان انه
اي المشتري هو اي الفلان الذي سمعه مع غيره فله الشفعة في حصة الغير
لان التسليم لم يوجد في حصة الغير ولو بلغه اي الشفيع بيع النصف فسلم
فظهر بيع الكل فله الشفعة في الكل لانه سلم النصف وكان حقه في اخذ الكل
والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه اسقاطا للكل بخلاف ما اذا بلغه بيع الكل
فسلم فظهر بيع البعض لا شفعة له في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم
في ابعاضه كلها وفي رواية ان له الشفعة لانه قد لا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع
وقد يكون حاجته الى النصف دون الكل وان باعها اي الدار الا ذراعا من طول
جانب الشفيع فلا شفعة له لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع
وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري لعدم الافتراق والاتصال ايضا وهذا حيلة
في اسقاط الشفعة وان شرى منها اي من الدار سهما بثمن ثم اشترى باقيها فالشفعة
في السهم الاول فقط لان الشفيع جار في السهمين والمشتري شريك في
السهم الثاني وهو مقدم على الجار ولو اراد الحيلة اشترى السهم الاول بجميع ثمن الدار
الا درهما منه ثم اشترى الباقي بالدرهم فلا يرغب الجار في السهم الاول خصوصا
اذا كان السهم الاول جزءا قليلا كالعشر مثلا او اقل وان ابتاعها اي اشترى الدار
بثمن ثم دفع الى البايع عنه اي عن الثمن ثوبا اخذها اي الدار الشفيع بالثمن لا بقيمة

الثوب لان الثوب عوض عما في ذمة المشتري فيكون البايع مشتريا للثوب بعقد
اخر غير العقد الاول وهذه حيلة في اسقاط الشفعة ثم الكل للجار والشريك
بان يبيع الدار باضعاف قيمته ثم دفع المشتري اليه ثوبا قيمته قدر قيمة الدار
فلا يرغب الشفيع باضعاف قيمته ولا يكره الحيلة في اسقاطها اي الشفعة
عند ابي يوسف وبه يفتى قبل وجوبها اي الشفعة وعند محمد يكره لان الشفعة
وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر بر حرام فكانت مكروه وهذه
ولابي يوسف انه يحتال لدفع الضرر عن نفسه وهو مشروع وان كان يتضرر
غيره في ضمنه قيل هذا الاختلاف بينهما قبل الوجوب واما بعده فمكروه بالاجماع
كما في الزكوة فان الحيلة في اسقاطها لا تكره قبل الوجوب عند ابي يوسف
وتكره بعد الوجوب بالاتفاق وقيل لا يكره الحيلة بمنع وجوب الشفعة مطلقا
وانما الخلاف في فصل الزكوة واعلم ان لاسقاط الشفعة حيلا كثيرة منها ما ذكرنا
من قبل ومنها ان يشتري بدراهم معلومة مع قبضة فلوس اشير اليها وجهل قدرها
وضاع الفلوس بعد القبض فانه يبطل الشفعة فان تلك الفلوس الثمن معلوم
حالة العقد ومجهولا حالة الشفعة وجهالة الثمن يمنع الشفعة الى غير ذلك من
الحيل التي ذكرها في قاضيخان وغيره وهل للشفيع ان يحلف المشتري بانه ما فعل
هذه الحيلة فرارا عن الشفعة فيه اختلاف ففي قاضيخان انه لا يحلفه وفي
الولوالجية والتجنيس انه يحلفه فان نكل له الشفعة وللشفيع اخذ حصة بعض
المشترين لا حصة بعض البايعين يعني اذا تعدد المشتري بان اشترى جماعة
عقارا والبايع واحد يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى كان للشفيع ان ياخذ
نصيب بعضهم ويترك الباقي وان تعدد البايع بان باع جماعة عقارا مشتركا
بينهم والمشتري واحد لا يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع
ان ياخذ نصيب بعضهم دون بعض والفرق ان الشفيع في الثاني ياخذ نصيب
بعضهم بتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر بالاخذ منه وبعيب
الشركة وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا يشرع على وجه
يتضرر به المشتري ضررا زائدا سوى الاخذ وفي الوجه الاول يقوم الشفيع

مقام احدهم فلا يتفرق الصفقة على احد ولا فرق في هذا بين ان يكون قبل القبض
او بعده في الصحيح الا ان الشفيع لا يمكن له ان ياخذ نصيب احدهم اذا نقد من الثمن
حصته حتى ينقد الجميع كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البايع بمنزلة المشترين انفسهم
لانه كواحد منهم وروى الحسن عن ابي ح انه فصل فقال ان اخذ قبل القبض نصيب احدهم
ليس له ذلك وبعده كان له ذلك لانه قبل القبض يتضرر البايع باخذ البعض
منه بتفريق اليد عليه وبعده لا يتضرر لانه لم يبق له يد وجوابه ان له ان يحبس
المبيع الى ان يستوفي جميع الثمن فلا يؤدي الى تفريق اليد كذا في الزيلعي وللجار
اخذ بعض مشاع بيع فقسم وان وقع في غير جانبه اي لو اشترى نصف دار
غير مقسوم فقاسم المشتري البايع اخذ نصيب المشتري الذي حصل له بقسمة او تركه
وليس له ان ينقض القسمة سواء كانت القسمة بحكم القاضي او بالتراضي لان القسمة
من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع الا ترى ان الهبة تتم بها حتى صحت بالقسمة
والتسليم بعد ان وقعت فاسدة للشيوع باعتبار ان قبضه ناقص فيما يحتمل
القسمة فاذا كانت من تمام القبض فالشفيع لا ينقض القبض ليجعل العهدة عليه
على البايع فكذا ما يتم بالقبض فاذا لم ينقض القسمة فله اخذ نصيب المشتري او
تركه لا اخذ الكل فان قيل القسمة فيها معنى المبادلة والشفيع يملك نقض تصرفات
المشتري فكذا نقض قسمته اجيب بان القسمة افراز من وجه ولهذا يجري
فيها الجبر ومبادلة من وجه ولهذا يجري فيها احكام البيع من رد بعيب وخيار رؤية
فباعتبار انها مبادلة يملك وباعتبار انها افراز لا يملك فلا يملك بالشك بخلاف ما
اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي
لم يبع نصيبه فان للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن
القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك فكان مبادلة
وللشفيع ان ينقض المبادلة كالبيع وغيره من التصرف كالهبة ثم اختلفت الرواية
في ان الشفيع هل ياخذ نصيب المشتري من اي جانب كان او من جانب يشفع
بها فعن ابي يوسف انه ياخذ من اي جانب كان ويدل عليه اطلاق الجامع الصغير
واختاره المص حيث قال وان في غير جانبه وعن ابي ح اذا وقع جانب الدار التي

ليشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الاخر والاكثر على الاول وللعبد المأذون
المديون الشفعة في مبيع سيده وبالعكس اي للسيد الشفعة في مبيع عبده
المأذون المديون وهذا لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء احدهما من
صاحبه جائز اذا كان على العبد دين محيط لانه يفيد ملك اليد للعبد لكون المولى
لا يملك ما في يد عبده المديون او لكون العبد احق به وقد تقدم من قبل ايضا
وصح تسليم الاب والوصي شفعة الصغير واما تسليم الوكيل شفعة الكبير فقد
تقدم ذكره في اول الفصل ثم هذا عند ح وابي يوسف خلافا لمحمد وزفر فيه
فيما بيع بقيمته او اقل قال لا يصح تسليمهما وللصغير طلب الشفعة اذا بلغ
كما ان للموكل طلب الشفعة اذا بلغه خبر تسليم وكيله الشفعة وله ان تسليمها الشفعة
ابطال لحق الصغير كالعفو عن قوده واعتاق عبده وابراء غريمه فلا يجوز لان
تصرفها في حقه نظري ولا نظر في هذا بل النظر في بقاء الشفعة ولهما ان
الاخذ بالشفعة في معنى التجارة بل عينها الا ترى انه مبادلة المال بالمال
وترك الاخذ بها ترك التجارة فيملكه كما يملك التجارة برد البيع عندما يقال للاب
والوصي بعتك هذا لابنك الصغير ولانه اذا اخذه بالشفعة ثم باعه من ذلك
الرجل بعينه جاز فكذلك اذا سلمه اليه بل اولى لانه اذا اخذه ثم باعه منه
كانت العهدة على الصبي وفي الاول على البايع او على المشتري ولان هذا تصرف
يحتمل الضرر والنفع فيحتمل على ان يكون الترك انفع بابقاء الثمن على ملك الصغير
فيملكه كالاخذ بخلاف العفو عن القود ونحوه فانه ضرر محض غير متردد بين
النفع والضرر فلا يملكه الوصي واذا بيع باكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في
مثله قيل جاز التسليم بالاجماع لان النظر في التسليم لا في الاخذ وقيل لا يجوز
التسليم بالاجماع لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم ايضا كالاجنبي وقوله
اي قول محمد رواية عن الامام في الاقل الذي لا يتغابن فيه

كتاب القسمة

هي جمع نصيب شايع في محل معين وسببها طلب احد الشركاء الانتفاع بنصيبه
على الخلوص وركنها ما يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات
والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعدد في المعدودات

وشرطها

وشرطها ان لا يفوت منفعته بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما لفوات
منفعتها بالقسمة والافراز وتشتمل اي القسمة مطلقا سواء كان في المثليات
او في القيميات على الافراز وهو اخذ عين حقه والمبادلة وهو اخذ عوض حقه
وهذا لان ما افرز لاحدهما كان بعضه له وبعضه لصاحبه فهو ياخذ عوضا
عما بقي من حقه في نصيب صاحبه والافراز اغلب في المثليات كالمكيلات
والموزونات والعدديات المتقاربة لعدم التفاوت فيها فكان كل ما اخذ احدهما
من نصيبه مثل ما ترك على صاحبه بيقين فاخذ مثل الحق بيقين بمنزلة العارية
فكان الافراز اي اخذ عين حقه اظهر واغلب فيها فياخذ الشريك اي احد الشريكين
حظه منها اي من المثليات حال غيبة صاحبه لما ذكرناه من ان نصيب كل واحد منهما
بمنزلة العارية عند الاخر في المثليات ولو كان مبادلة لم ياخذ احدهما نصيبه
عند غيبة الاخر بل لا بد من رضاه فعلم ان الافراز فيها اغلب ولو اشترياه اي المثلي
فاقتسماه فلكل من الشريكين ان يبيع حصته مرابحة بحصة ثمنه ولو كان مبادلة
لما جاز ذلك والمبادلة اغلب في غيرها اي في غير المثليات كالحيوان والعقار
والثياب من القيميات لانها متفاوتة فلا يمكن ان يجعل كانه اخذ عين حقه لعدم
المعادلة بينهما بيقين حتى يجعل معنى الافراز اغلب فيجعل كانه اخذ عوض حقه وهو
معنى المبادلة فاذا كان معنى المبادلة فيها اغلب فلا ياخذه اي لا ياخذ احد الشريكين
حظه فيها حال غيبة صاحبه ولا يبيع حصته مرابحة بعد الشراء والقسمة فان قيل
لو كان معنى المبادلة اغلب في الحيوانات والعروض لما اجبر الآبي على القسمة في
ذلك مع انه يجبر اجاب عنه بقوله ويجبر القاضي من ابى عن القسمة عليها اي على
القسمة فيه اي في غير المثلي من القيميات وفي المثلي بطريق الاولى بطلب الشريك
في متحد الجنس كالابل والبقر والفرس لان في قسمة متحد معنى متحد الجنس
معنى الافراز لتقارب المقاصد فيه ولا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجري
فيه الجبر كما في قضاء الدين فان المديون يجبر على القضاء والديون تقضى
بامثالها فصار ما يؤدي بدلا عما في ذمته وهذا جبر في المبادلة قصدا
وهو جائز فلان يجوز بلا قصد اليه اولى وهذا لان احد الشريكين بطلب القسمة

يسال القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على
القاضي اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الاجبار
على غيره كما في غيره كالابل مع البقر او مع الفرس فان القاضي لا يجبر الآبي عن
القسمة عليها في مختلف الجنس لان التفاوت فاحش والمقاصد مختلفة فليس فيها
معنى الافراز ولو تراضوا على القسمة جاز ذلك برضاهم هذا قال في قسمة قاضيخان
اذا كان المكيل او الموزون بين حاضر وغائب او صغير وبالغ واخذ الحاضر او البالغ
نصيبه فهلك الباقي ان هلك قبل ان يصل ذلك اليهما لا يكون الهلاك على الصغير
والغائب وهو كالصبرة اذا كانت مشتركة بين الدهقان والمزارع فقال الدهقان
للمزارع اقسمها وافرز نصيبي فقسم المزارع والدهقان غائب فحمل نصيب الدهقان
الى الدهقان فلما رجع اذا قد هلك ما افرز لنفسه كان الهلاك عليهما وان قسم
الصبرة وافرز نصيب الدهقان وحمل نصيب نفسه الى بيته اولا فلما رجع اذا قد هلك
ما افرزه للدهقان كان الهلاك على الدهقان خاصة كذا قال بعض المشايخ انتهى
فعلم منه ان قسمة احد الشريكين واخذ حظه في المثليات حال غيبة صاحبه
انما يصح وينفذ اذا وصل وسلم نصيب الغائب اليه والا فلا كما في القنية
حتى لو هلك قبل ان يصل نصيب الغائب اليه كان الهلاك عليهما لا على الغائب وبه صرح
في العمادية حيث قال اذا اخذ الحاضر نصيبه من المكيل او الموزون حال غيبة صاحبه
فانما ينفذ قسمته من غير شريكه ان سلم نصيب الغائب اليه حتى لو هلك ما بقي قبل
ان يصل الى الغائب كان الهلاك عليهما وندب للقاضي نصب قاسم رزقه من بيت
المال لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث يتم به قطع المنازعة فاشبه
رزق القاضي ولان منفعته تعود الى العامة كمنفعة القضاة والمفتين والمقاتلة
فيكون كفايته من بيت المال لانه اعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء ليقسم بلا اجر لما ذكرناه
فان لم يفعل القاضي ذلك اي ان لم يجعل رزقه من بيت المال نصب القاضي قاسما يقسم
باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص فيأخذ منهم قال في مشتمل الاحكام
اختلف المتأخرون في قدر الاجر قال ابن سماعة هو ربع العشر كالزكوة لانه عمل
للعامة فاشبه الزكوة وسئل ابو نصر انه هل يقدر فاجاب يقدر بربع العشر

قال

قال ابو يوسف في الامالي هو ربع العشر واتفق المتأخرون عليه وعليه الفتوى كذا
في فتاوى الانقروي وقال فيها ايضا قال بعضهم الاجرة غير مقدرة وقال بعضهم
مقدرة في كل مائة خمسة دراهم قال ابو جعفر الكبير تقدير الاجرة احسن في
زماننا وبه نأخذ لان في ربع العشر نظرا للطرفين فان قيل القسمة قضاء والقضاء
لا يجوز اخذ الاجرة عليه قلنا لا نسلم ان القسمة قضاء حقيقة كيف وانها لا تفترض
على القاضي والقضاء فرض عليه وانما الفرض على القاضي جبر الآبي عن القسمة
عليها وانها تشبه القضاء من حيث انها تستفاد بولاية القضاء فان الاجنبي
لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست بقضاء جاز اخذ الاجرة عليها ومن حيث انها
تشبه القضاء يستحب ان لا يأخذ بل يأخذ كفايته من بيت المال ولهذا اذا قسم
القاضي بنفسه جاز له اخذ الاجرة على القسمة لعدم كونها قضاء كما جاز له اخذ
الاجرة على كتب الحجج والصكوك والسجلات يقدره اي الاجر له اي للقاسم القاضي
كيلا يأخذ الزيادة من اجر مثله وهو اي الاجر على عدد الرؤس فلا يتفاوت بالانصباء
هذا عند ابي ح وعندهما على قدر السهام فيتفاوت بتفاوت الانصباء نصفا وربعا
وسدسا وثمنا المختبر ذلك فعلى صاحب النصف النصف والربع الربع والسدس
السدس لان الاجرة مؤنة الملك فيجب على مقدار الملك لان المؤنة تتبع له وصار
كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة العبد المشترك ولابي ح ان
الاجر وجب في مقابلة تمييز الحقوق بعضها عن بعض وهذا عمل لا يتفاوت
فيه الانصباء فان تمييز الاقل منها من الاكثر مثل تمييز الاكثر من الاقل فيكون على
عدد الرؤس لا على قدر الانصباء واجرة الكيال والوزان ان لم يكن الكيل والوزن
للقسمة في مقابلة العمل لا في مقابلة القسمة فلا يكون مقيسا عليه وان كان
للقسمة فعلى هذا الخلاف واجرة حفر البئر لنقل التراب ونفقة العبد المشترك لبقاء
الملك فلا يكون مقيسا عليه واجرة الكيل والوزن على قدر السهام اجماعا ان لم يكن
للقسمة بان اشتريا مكيلا او موزونا وامرا رجلا بكيله ليصير الكل معلوم القدر
فاجرة الكيل بقدر الانصباء لان الكيل والوزن اذا لم يكن للقسمة يكون الاجرة بقدر
العمل لا للقسمة وعمله لصاحب الكثير اكثر لكنه اصعب فيستحق زيادة الاجر بخلاف

القسمة فان الاجرة فيها لمحض القسمة وتمييز الحقوق كما عرفت فالقليل والكثير فيه سواء
وان لهما اى ان كان الكيل والوزن للقسمة فعلى الخلاف المذكور في اجرة القسام لما ذكر
ويجب كونه اى القسام عدلا امينا عالما بالقسمة حذرا عن الجور والخيانة ولا يجبر
القاضي الناس على قاسم واحد لانه لو عين قاسما واحدا يتحكم بالزيادة على اجر مثله
ولان القسمة تشبه القضاء فيجوز بالتراضي كالحكم في القضاء الا اذا كان فيهم
صغير فانه لا يجوز بالتراضي لان تصرف الصغير لا ينفذ ولا ولاية لهم عليه فلا بد
من القاسم من طرف القاضي فينصب له وصيا فيقسم ولا يترك القاضي القسام بضم
القاف وتشديد السين جمع قاسم ليشتركوا اى يمنعهم القاضي من ان يشتركوا مع الناس
كيلا يتضرر الناس لان الاجرة تصير بذلك غالية لانهم اذا اشتركوا يتحكمون
وعند عدم الشركة يتبادرون اليها خشية الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك
وصح الاقتسام اى اقتسام التركة بانفسهم اى بتراضيهم لان في القسمة معنى المبادلة
كما تقدم وانها تشبه القضاء فيجوز بالتراضي كسائر المعاوضات والتحكيم بلا امر القاضي
لان الحاجة الى امر القاضي لدفع المنازعة ولا منازعة ثم لتراضيهم ويقسم على الصبي
وليه اى الاب والجد اب الاب لكن ولاية الجد على الصغير عند عدم الاب ووصيه
لا عند وجود احدهما ولا ولاية للام والاخ والاخت والعم على الصغير كذا في
قاضيخان او وصيه يعني يقسم الشركاء بانفسهم بلا حاجة الى امر القاضي ان لم يكن
بينهم صغير وان كان فيهم صغير يقسم على الصغير وليه او وصيه بلا حاجة الى امر
القاضي ايضا فان لم يكن للصغير ولي ولا وصي فلا بد من امر القاضي لان تصرف
الصغير غير نافذ ولا ولاية لهم عليه فلا بد من الولي او الوصي او راى القاضي وقسمتهم
بدون واحد من الولي والوصي او امر القاضي قال في قاضيخان اذا اقتسم الورثة التركة
فيما بينهم بغير امر القاضي وفي الورثة صغير او غائب او شريك للميت لا يصح القسمة
الا باجازة الغائب او ولي الصغير او باجازة الصبي بعد البلوغ او باجازة القاضي
قبل البلوغ فان مات الغائب او الصبي قبل الاجازة فاجازت ورثته نفذت القسمة
في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولا ينفذ في قول محمد كذا ذكره عصام وذكر الخصاف
اذا كان في الورثة صغير او غائب ولم يكن في يد الغائب ولا في يد ام الصغير شيء

من

من التركة بل كان الكل في يد الحضور الكبار فطلبوا القسمة من القاضي فان القاضي يجعل
للصغير وصيا يقوم بالقسمة ويقبض حقه ويجعل للغائب وكيلا او يامرهم بالقسمة
وان كان في يد الغائب شيء من التركة لا يقسم حتى يحضر الغائب او يقوم البينة
على ان ذلك ميراث بينهم وعلى عدد الورثة فيقسم وذكر في الجامع انه
لا يقسم وان قامت البينة على ذلك ما لم يحضر الغائب ولو كان شيء من التركة
في يد ام الصغير فالجواب فيه كالجواب فيما اذا كان شيء من التركة في يد الغائب
وثمة لا يقسم انتهى واعلم ان وصي الاب والوصي المنصوب من جهة القاضي يملك
قسمة كل شيء على الصغير اذا لم يكن فيها غبن فاحش سواء كان من تركة الاب
او لا عقارا او منقولا واما وصي الام فليس له ولاية القسمة على الصغير في غير
ما تركه الام وكذا يجوز قسمة وصي الاب على الكبير الغائب فيما سوى العقار لانه
قائم مقام الاب فيما يرجع الى الحفظ على الكبير كذا في قاضيخان ولا يقسم
عقار بين الورثة باقرارهم يعني اذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم
عقار وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي بينهم باقرارهم ما لم يبرهنوا
على الموت وعدد الورثة عند ابي حنيفة وعندهما يقسم باقرارهم لكن القاضي يذكر
في كتاب القسمة انه قسمه باقرارهم لئلا يكون حكمه متعديا الى غيرهم لان
الاقرار حجة قاصرة وغير العقار يقسم اجماعا كذا العقار المشترى والمذكور
مطلق كله اى ادعوا الملك المطلق ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم من الارث
او الشراء او غيرهما توضيح هذه المسئلة ان الشركاء اذا حضروا عند القاضي
وفي ايديهم مال وطلبوا قسمته فاما ان يكون عقارا او غيره فان كان عقارا
فاما ان ادعوا انهم ورثوه او اشتروه او ادعوه وسكتوا عن كيفية الانتقال
اليهم وهو المراد بقوله والمذكور مطلق كله فان كان الاول لم يقسم القاضي
حتى يقيم البينة على موته وعدد ورثته عند ابي حنيفة وقالا يقسمه باقرارهم وان
كان الثاني يقسمه بينهم بالاتفاق وان كان الثالث قسمه بينهم على ما نذكره
وان كان غير عقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا لهما ان الامتناع
عن القسمة اما ان يكون شبهة في الملك او تهمة في دعواه او لمنازعة للمدعي

في دعواه ولا شيء من ذلك بمتحقق هنا لان اليد دليل الملك والاقرار من امارة
الصدق والغرض عدم المنازعة فيقسمه بينهم لوجود المقتضي وارتفاع المانع كما في
المنقول الموروث والعقار المشترى وطلب البينة ليس بلازم لانها لا تكون الا
على منكر ولا منكر هنا فلا تفيد الا ان القاضي يذكر في صك القسمة باعترافهم
لئلا يكون حكمه متعديا الى غيرهم ولابي حنيفة ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة
قبل القسمة مبقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها ويقضى
ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للموصى له ولهذا قالوا اذا اوصى
بجارية لانسان فولدت قبل القسمة تنفذ وصيته فيها بقدر الثلث كانه اوصى
بها فاذا كانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي اما باقرار الورثة
او بينهم واقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة وقولهما فلا تفيد قلنا ممنوع
لان بعض الورثة ينتصب خصما بان يجعل احد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه
فتفيد فان قيل كل واحد منهما مقر بدعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصما للمدعي عليه
قلنا لا منافاة بين كونه مقرا وكونه خصما لجواز اجتماع الاقرار مع كونه خصما
كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه انما يقضى عليها بالبينة بدين الميت
وان كان مقرين بها وانما نقسم المنقول الموروث باقرارهم لان في قسمته نظرا
للحاجة الى الحفظ اما العقار فمحفوظ بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع
في يده ولا كذلك العقار عند ابي حنيفة وعلى التقدير لا يصلح مقيسا عليه وكذا
العقار المشترى لا يصلح مقيسا عليه لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم
فلم تكن القسمة قضاء على الغير وان ادعوا الملك وسكتوا عن كيفية الانتقال
اليهم قسمه بينهم من غير اقامة البينة لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم
ما اقروا بالملك لغيرهم كذا قالوا وقال صاحب الهداية هذه رواية كتاب القسمة
وفي رواية الجامع الصغير لا يقسم بدون اقامة البينة حيث قال فيه ارض
ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما
البينة انها لهما لاحتمال ان يكون لغيرها ثم قيل هذا قول ابي حنيفة خاصة وقيل هو قول
الكل وهو الاصح لان القسمة نوعان قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق اليد

لاجل

لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمته
يفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز وان برهنا اي حضر رجلان
عند القاضي وادعوا العقار وبرهنا على ان العقار في ايديهما وطلبا القسمة لا يقسم
القاضي حتى يبرهنا انه اي العقار لهما لاحتمال ان يكون هو لغيرهما ولا يخفى ان هذه
المسئلة وقع تكرارا لان المراد بقوله السابق والمذكور مطلق ملكه ان يدعوا
الملك فيما في ايديهم من العقار ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم على ما بيناه وهو
المراد بما ذكره هنا ايضا ولم يشترط فيما سبق اقامة البينة على انه ملكهم وقد شرط
هنا فلا بد من الحمل على الروايتين ففي رواية القدوري وهو المشهور انها
لم تشترط كما ذكره اولا وفي رواية الجامع الصغير انها تشترط كما ذكره ثانيا وهو
الاصح على ما ذكرناه لكن عبارته آبية عن هذا ولو برهنوا على الموت اي موت
المورث والمراد بالجمع ما فوق الواحد وعدد الورثة والعقار في ايديهم ومعهم
وارث غائب او صبي قسم اي قسمه القاضي بطلبهم ونصب اي نصب القاضي وكيلا للغائب
ووصيا للصبي ليقبض حصة الغائب والصبي لان في ذلك نظرا للغائب والصبي
ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة ايضا عند ابي حنيفة بدلالة لان في
هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير بقولهما وعندهما يقسم بينهم باقرارهم
بلا حاجة الى اقامة البينة ويعزل نصيب الغائب والصغير ويشهد انه قسمها
باقرارهم هذا اذا لم يكن للصبي وصي الاب والا فلا حاجة الى وصي القاضي ولو كان
العقار في يد الغائب او شيء منه اي من العقار او في يد مودعه او في يد
الصغير لا يقسم حتى يحضر الغائب او يقوم البينة على ان ذلك ميراث لهم وفي
رواية الجامع لا يقسم حتى يحضر الغائب وان قامت البينة على ذلك كذا في
قاضيخان وقد ذكرناه من قبل وكذا اي لا يقسم القاضي لو حضر وارث واحد
وادعى القسمة وباقي الورثة غائب لان الواحد لا يصلح ان يكون مخاصما ومخاصما عليه
ومقاسما ومقاسما فلا بد من حضور شخصين لانه ان كان خصما عن نفسه فليس
احد يخاصم عن نفسه فيقيم البينة عليه فتعذر الحكم بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين
كما في المسئلة الاولى وعن ابي يوسف ان القاضي ينصب عن الغائب ويسمع البينة

ويقسم الدار وجه الظاهر ان التركة قبل القسمة وان كانت مبقاة على حكم ملك الميت لكنها
صارت ملكا للورثة من وجه حتى لو اعتق واحد منهم عبدا من التركة قبل القسمة نفذ
عتقه في نصيبه فكان كل واحد منهم طالبا للانتفاع في نصيبه فتكون القسمة
على هذا التقدير قضاء على الغائب من غير خصم حاضر عنه فلا يجوز ولئن جاز للقاضي
نصب الوصي من حيث انه دعوى على الميت لا يجوز له نصب الوصي من حيث انه
دعوى على شركاء الغيب فلا يجوز له نصب الوصي بالشك بخلاف ما اذا ادعى
اجنبي على الميت دينا حيث يجوز له نصب الوصي عن الميت لانه دعوى على الميت من
كل وجه وللقاضي ان ينصب الوصي عن الميت لا عن الحي فاذا تعذر نصب الوصي
فالواحد الحاضر لا يصلح خصما عن الميت وعن سائر الشركاء وان يكون مدعي
ومدعى عليه فتعذر قبول البينة لانها لا تقبل من غير خصم او كانوا اي الشركاء
مشترين وغاب احدهم اي لا يقسم المال مع غيبة احدهم فان الملك الثابت بالشراء
ملك جديد بسبب باشره ولهذا لا يرد بالعيب على بايع بايعه فلا يصلح الحاضر خصما
عن الغائب فلا يقسم وان اقام بينة على الشراء بخلاف ما لو اقاموا بينة على الموت
وعدد الورثة وغاب احدهم فانه قسم ونصب وكيل لحصة الغائب على ما تقدم
والفرق بينهما ان الملك الثابت بالارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب فيما اشتراه
المورث ويرد عليه فيما باعه هو ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما
خصما عن الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة
المتخاصمين وصح القضاء لقيام البينة على خصم حاضر وفي الشراء قامت على خصم
غائب فلا تقبل ولا يقضى عليه فان الملك الثابت به ملك جديد فلا يصلح الحاضر
خصما عن الغائب كما ذكرناه واذا انتفع كل من الشركاء بنصيبه بعد القسمة كما
اذا كان المقسوم بنيان كبيرين متساويين قسم بطلب احدهم لان في القسمة تكميل
المنفعة لانتفاع كل واحد منهم بنصيبه بعد القسمة فكانت القسمة حقا لهم فوجب على
القاضي اجابتهم وان تضرر الكل لا يقسم الا برضاهم كما في البئر والرحى والحمام
والحائط فان الكل يتضرر بالقسمة فيها لتفويت المنفعة فالطالب للقسمة فيها
متعنت فلا يجيبه القاضي ويجوز برضاهم لان الحق لهم وهم اعرف بحاجتهم وان انتفع

البعض لكثرة نصيبه دون البعض لقلة نصيبه قسم بطلب ذي النفع لانه يطلب من القاضي
حقه فيعتبر طلبه فيجيبه القاضي لئلا يفوت حقه ولا يعتبر تضرر الاخر لانه يريد
ان ينتفع بملك صاحبه بعدم القسمة فلا يعتبر تضرره ولا بطلب الاخر لانه متعنت
في طلبه القسمة مع عدم انتفاعه بها بل يتضرر بها والقسمة وضعت للانتفاع
والقاضي نصب ناظرا فلا يشتغل بما لا يفيد فائدة بل يتضرر به هو الاصح احترز به
عما نقل عن الحاكم ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي لانه ان طلب صاحب الحظ القليل
القسمة فقد رضي بضرر نفسه وان طلب صاحب الحظ الكثير فقد طلب ان ينتفع بنصيبه
فيجيب القاضي كل واحد منهما وعن ابن ابي ليلى لا يقسم القاضي بطلب البعض مطلقا الا اذا
كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه لان المقصود بالقسمة تكميل المنفعة وتحصيلها
لا تفويتها والمعتبر فيها المعادلة بينهم في المنفعة وقيل يقسم بطلب غير المنتفع لانه
يقصد الاضرار على نفسه لا بطلب المنتفع لانه يقصد الاضرار على الغير فلا يجيبه
القاضي والاصح ما ذكره المص ويقسم القاضي العروض ان كانت من جنس واحد
كالثياب مثلا او الابل مثلا لان عند اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل في
القسمة والتكميل في المنفعة فيجبر القاضي على القسمة عند الطلب ولا يقسم الجنسين
المختلفين الذين كان بعضها في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة
تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي يعني ان الجنسين المختلفين
لا يقسمان قسمة جمع بان يجمع حصة احد منهم في جنس واحد وحصة الاخر
في الجنس الاخر لفحش التفاوت بين الجنسين بل يقسمان قسمة فرد بان يقسم
كل جنس بانفراده فلو كان المقسوم ابلا وغنما مثلا لم يجمع نصيب احد من الشركاء
في الابل خاصة ونصيب الاخر منهم في الغنم خاصة بل يقسم الابل بينهم على حصصهم
ثم الغنم كذلك وكذا كل مكيل وموزون والعددي المتقارب وتبر الذهب والفضة
والحديد والنحاس يقسم بانفرادها ولا الجواهر اي لا يقسم الجواهر قال في الهداية
واما الجواهر فقد قيل ان اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار
منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه
لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة

او خالع عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاذا تحشت الجهالة فيها من الرقيق فلا يجبر
على القسمة فيها كما لا يجبر في الرقيق بل اولى منه فالمصنف اجرى الجواب على اطلاقه ولا
الحمام ولا البئر ولا الرحى ولا الثوب الواحد لان القسمة فيها يشتمل الضرر على الكل
اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا منه فلا يجبر القاضي على القسمة قال في
الهداية ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع
ولا ثوبين اذا اختلف قيمتهما لما بينا بخلاف ثلثة اثواب اذا كان قيمة الثوب الواحد
مثل قيمة الثوبين فاراد احدهما القسمة وابى الاخر يقسم القاضي بينهما ويعطي احدهما
ثوبا والاخر ثوبين وكذا ان استقام ان يجعل احد القسمين ثوبا وربع ثوب والاخر
ثوبا وثلثة ارباع ثوب فان القاضي يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما
على ذلك الوجه لانه قسمة البعض وذلك جائز لانه يتيسر عليه التمييز في بعض
المشترك ولو يتعسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك في
البعض كذا في العناية ولا الحائط بين دارين لان يتضرر الطرفين بالقسمة لعدم
بقاء نصيب كل منها منتفعا به فلا يقسم الابرضاهم في كل من الاشياء المذكورة
لان الحق لهم وهم اعرف بحالهم وكذا لا يقسم القاضي الرقيق عند ابي حنيفة خلافا لهما فالا
يقسمه القاضي لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت
فاحش في الادمي لتفاوت المعاني الباطنة فيه فصار كالجنس المختلف بخلاف
الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا يرى ان الذكر والانثى من بني آدم
جنسان لاختلاف المقاصد ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف رقيق المغنم لان
حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية
فافترقا فلا يلحق احدهما بالاخر والدور المشتركة الكائنة في مصر واحد يقسم كل
واحد من تلك الدور على حدته اي على انفراده ولا يقسم قسمة واحدة الا بالتراضي عند
ابي حنيفة وقالا ان كان الاصلح قسمة بعضها في بعض جاز اعلم انه اذا كان لرجلين دور
في مصر واحد فطلبا من القاضي قسمتها فانه يقسم كل دار منها على حدة ولم يجمع نصيب
احدهما في دار الا ان يتراضيا على ذلك عند ابي حنيفة وقالا الراي في ذلك الى القاضي
فان راى ان الاصلح لهما قسمة بعضها في بعض قسمها بينهما كذلك وعلى هذا الخلاف

الاراضي

الاراضي المشتركة المتفرقة لهما ان الدور جنس واحد نظرا الى اتحاد الاسم والصورة
واصل السكنى واجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف
المحال فكان الترجيح الى راي القاضي نصب ناظرا والمقصود من القسمة تكميل المنفعة ودفع
الضرر عن الشركاء فان راى القاضي ان الاصلح قسمة بعضها في بعض اي مجتمعا جاز
ذلك وهذا لانه اذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد من الشركاء لتفرق
نصيبه واذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد من الشركاء من دار واحدة
وينتفع بذلك فيكون ذلك اصلح لهم فاذا مال القاضي الى ذلك تقسم بينهم على
هذا الوجه ولابي حنيفة ان الدور اجناس مختلفة لاختلاف المقاصد باختلاف
المحال والجيران والقرب الى المسجد والحمام والماء والسوق والبعد عنها اختلافا
فاحشا وكذا الاراضي المتفرقة يتفاوت فيما هو المقصود منها من الغلة والصلاحية
للرطبة والكرم وغير ذلك والاجناس المختلفة لا يقسم قسمة واحدة الا بتراضي
الشركاء لانها لتكميل المنفعة وذا انما يكون عند اتحاد الجنس واما اذا اختلف
الجنس فقطع حق البعض عن احدى الدارين لا يكون تكميلا للمنفعة بل يكون تفويتا
لها بخلاف الدار الواحدة اذا اختلف بيوتها لان قسمة كل بيت على حدة يخل بمنافع
البيوت فيخل منافع الدار ايضا فلا يحصل معنى القسمة فتقسم مجتمعا وفي مصرين
اي ان كانت الدور المشتركة في مصرين يقسم كل دار على حدته اتفاقا وقال في
الاختيار وعن محمد لو كانت احديهما بالكوفة والاخرى بالبصرة قسمت احديهما
في الاخرى اي مجتمعا فعلم ان في هذه المسئلة روايتين عن محمد وكذا اي
قسم على حدة دار وضيعة او دار وحانوت لاختلاف الجنس على ما ذكره الخصاف
وقال في الهداية قال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بمنافع الحانوت
لا يجوز فهذا يدل على ان الدار والحانوت وكذا الدار مع الضيعة جنس واحد
فيجعل في المسئلة روايتان ولئن جعل منافع الدار ومنافع الحانوت او الضيعة
مختلفة رواية واحدة لا متحدة يجعل حرمة الربوا في اجارات الاصل على شبهة
المجانسة بينهما والبيوت في محلة واحدة او في محلات من مصر واحد يجوز
قسمة بعضها في بعض اي مجتمعا لان التفاوت فيما بين البيوت في محلة او محلات

من مصر لبيرو المنازل المتلاصقة بعضها ببعض كالبيوت اى قسمت قسمة واحدة يعني
مجمعا والمتباينة كالدور لان المنزل فوق البيت دون الدور فالمنازل تتفاوت
في معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت
من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلاصقة تقسم
قسمة واحدة كالبيوت لان التفاوت فيها يقل في مكان واحد ولشبهها بالدور
قلنا اذا كانت في امكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة واعلم ان ههنا ثلثة فصول
الدور والبيوت والمنازل فالدور متلاصقة كانت او متباينة لا تقسم عنده قسمة
واحدة الا بالتراضي والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى والمنازل
ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلاصقة بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة
والا فلا سواء كانت في محال او في دار واحدة بعضها في ادناها وبعضها
في اقصاها لما ذكرناه وقال في الفصول كلها ينظر القاضي الى العدل الوجوه كذا
في العناية **فصل** في بيان كيفيته فيما يقسم وينبغي للقاسم ان يصور
من التصوير ما يقسمه على قرطاس ليمكنه حفظه او ليرفع ذلك القرطاس الى القاضي
ليتولى الاقراع بينهم بنفسه ان لم يامر القاسم بالقرعة وذلك بان يكتب على القرطاس
ان فلانا نصيبه من التركة كذا وفلانا كذا اى النصف او الثلث او السدس الى
غير ذلك من مسائلهم ويعدله اى يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اى
يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ان كان المقسوم من المذروعات لان قدر المساحة
تعرف بالذراع ويقوم بناءه ليعرف قيمة البناء لانها لا تعرف الا بالتقويم ولا بد منه
لحاجته اليه لاجل الاجرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه ان امكن
ذلك لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة لان القسمة لتكميل المنفعة وبذلك يتم المنفعة
وان لم يكن بطلت القسمة ويلقب الانصباء بالاول والثاني والثالث وهكذا الى ان
يتم السهام ويكتب اساميهم ويقرع فالاول لمن خرج اسمه اولا والثاني لمن خرج اسمه
ثانيا والثالث لمن خرج ثالثا قال في الزيلعي وكيفيته ان ينظر الى اقل الانصباء فيقدر
به اجزاء السهام حتى اذا كان العقار مشتركا بين ثلثة نفر لاحدهم النصف وللاخر
الثلث وللاخر السدس يجعل اجزاء السهام اسداسا لان السدس اقل السهام فيكون

لصاحب

لصاحب النصف ثلثة اسداس ولصاحب الثلث سدسان ولصاحب السدس سدس
واحد ويلقب النصيب من اى جانب شاء بالاول ثم الذي يليه بالثاني ثم الذي يليه
بالثالث ثم يكتب اسامي الشركاء بطاقات ويطوى كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة
ويجعلها في طين ثم يخرجها ويدلكها بين كفيه ثم يجعلها في وعاء او في كمه
ثم يخرج واحد فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج اسمه ثانيا فله
السهم الثاني الى ان ينتهي الى الاخر فان خرج اولا في المثال المذكور اسم صاحب
النصف كان له ثلثة اسداس من الجانب الملقب بالاول وان خرج ثانيا كان
له من الذي يلي الاول وان خرج ثالثا كان له كذلك من الذي يلي الثاني
وعلى هذا كل واحد منهم هذا واعلم ان القرعة في القسمة ليست بواجبة بل
لتطييب قلوبهم حتى لو قسم بلا قرعة جاز ولقب الانصباء ليتمكن من الالزام عند
خروج كل قرعة كل واحد منهم فاذا كانت القرعة لتطييب قلوبهم فلا قمار فيها على ما
زعم ولا يدخل الدراهم وكذا الدنانير في القسمة الا برضاهم اى لا يدخل في
القسمة الدراهم التي ليست في التركة ليجبر بها نقصان بعض الانصباء بل يجبر
النقصان بشيء من التركة صورته دار بين جماعة فارادوا قسمتها وفي احد
الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء ان يكون عوض الفضل دراهم او دنانير
والاخر لم يرض بذلك لم يدخل الدراهم في القسمة حتى لا يكلف من وقع البناء في
نصيبه ان يرد بازاء البناء دراهم اذ لا شركة بينهم في الدراهم لانها ليست من
التركة فلا يجوز قسمة ما ليس من التركة ولانه يفوت به التعديل في القسمة
لان احدهما يصل الى عين العقار المشترى ودراهم الاخر كانت في ذمته وقت
القسمة ولعلها لا تسلم له لاحتمال التوى قبل الوصول اليه ولان الجنس المشترك
لا تقسم كما تقدم فما ظنك عند عدم اشتراكها فلا تدخل في القسمة الا عند
رضاهم لان اصحاب الحقوق اعرف بحالهم ولا مزاحم لهم عند الرضاء ولا عند
الضرورة ولهذا ذهب ابو يوسف فيما اذا كان المقسوم ارضا وبناء الى انه يقسم
كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن المعادلة الا بالتقويم لان البناء لا يمسح فلا يمكن
تعديله بالمساحة بل بالتقويم وذهب ابو حنيفة الى ان الارض يقسم بالمساحة لانها

الاصل في المسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود
دراهم على الاخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية
له في المال ثم يملك قسمة الصداق ضرورة التزويج وذهب محمد الى ان يرد
على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فان لم يف العرصة بقيمة البناء
ح يرد الفضل دراهم لان الضرورة تحققت في هذا المقدار فلا يترك الاصل
الا لها قيل وهذا يوافق رواية الاصل وان وقع مسيل الماء لاحدهم في
نصيب شريك اخر ولم يشترط في القسمة صرف عنه ان امكن الصرف والا
فسخت يعني ان قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولاحدهما مسيل الماء في
نصيب الاخر او طريق فلا يخلو اما ان يمكن صرف ذلك عنه او لا فان امكن صرفه
ولا يسيل ولا يستطرق في نصيب الاخر سواء كان ذلك مشروطا في القسمة
او لم يكن مشروطا لانه امكن تحقيق معنى القسمة وهو الافراز والتميز من غير ضرر
للاخر فلا يصار اليها مع ارتكاب الضرر وان لم يكن فاما ان اشترط ذلك في
القسمة او لا فان كان الثاني فسخت القسمة لانها مختلة لما فيه من الضرر وبقاء
الاختلاط فيستانف بخلاف البيع فانه اذا باع دارا او ارضا ولا يتمكن المشتري
من الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم يذكر الحقوق فانه لا يفسد لان المقـ
من البيع تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال كما لو اشترى جحشا
صغيرا واما القسمة فانها لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق والمسيل وان
كان الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل
عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز ايضا وذلك باعتبار انقطاع تعلق
حق احدهما بالاخر فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص فقلنا يدخل عند التنصيص
ولا يدخل عند عدمه عملا بالدليلين ويقسم القاضي سهمين من العلو لسهم من
السفل اي بمقابلة سهم منه عند ابي ح وعند ابي يوسف يقسم سهما من العلو بسهم
اي بمقابلة سهم من السفل وعند محمد يقسم بالقيمة لا بالسهم وعليه الفتوى
هكذا في المختار وعبارة الهداية هكذا واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل
له وسفل له علو قوم كل واحد على حدة وقسم بالقيمة عند محمد وقال ابو حنيفة

وابويوسف

وابو يوسف يقسم بالذراع ثم قال ابو ح ذراع من سفل بذراعين من علو وقال
ابو يوسف ذراع بذراع وهكذا في الكنز والوقاية وصورته على ما ذكرناه علاء
الدين في شرح الوقاية سفل وعلو مشترك بين رجلين وسفل مشترك بين
هذين الرجلين وعلوه لرجل اخر وعلو مشترك بين هذين الرجلين ايضا وسفله
لرجل اخر في دار واحدة وطلبا القسمة من القاضي او طلب احدهما فقال ابو ح
وابو يوسف يقسم بالذراع لان القسمة بالذراع هي الاصل في المذروعات
والكلام فيها والمعتبر التسوية في اصل السكنى لا في المرافق والعلو والسفل
سيان في اصل السكنى وقال محمد يقسم بالقيمة لان السفل يصلح لما يصلح له العلو
والعلو لا يصلح لما يصلح له السفل من حفر البئر واتخاذ الاصطبل والسرداب
وغيرها فصارا جنسين مختلفين فلا يمكن التعديل بينهما الا بالقيمة ثم اختلف
ابو ح وابو يوسف في كيفية القسمة بالذراع فقال ابو ح ذراع من سفل بذراعين
من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع ثم قيل اجاب كل واحد منهم على عادة اهل
عصره فابو ح اجاب بناء على ما شاهد من عادة اهل الكوفة في اختيار السفل
على العلو وابو يوسف اجاب على ما شاهده من عادة اهل بغداد في التسوية
بين السفل والعلو في معنى السكنى ومحمد اجاب بناء على ما شاهد من اختلاف
العادة بين في البلدان وقيل هو اختلاف حجة وبرهان فان ابا ح يقول
لصاحب السفل منافع كثيرة وهي تبقى ايضا بعد انهدام العلو والعلو لا يبقى بعد
انهدام السفل فكانت منفعته ضعف منفعة العلو ولصاحب العلو منفعة
واحدة وهي منفعة السكنى وابو يوسف يقول هما مستويان في الانتفاع
فان لكل واحد من صاحب السفل والعلو ان يفعل ما لا يضر بالاخر حتى كان لصاحب
العلو ان يبني اذا لم يضر بصاحب السفل ولصاحب السفل ان يحفر اذا لم يضر بصاحب
العلو فاستويا في الانتفاع فيستويان في القسمة ايضا ومحمد يقول العلو
والسفل بناء والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة دون الذراع لان في بعض
البلدان قيمة العلو اكثر وفي بعضها قيمة السفل اكثر كما في البلاد الحارة والباردة
فلا يمكن اعتبار المعادلة بينهما الا بالقيمة ثم قول محمد لا يحتاج الى التفسير وتفسير

قول الحج ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون ذراعا وثلث ذراع
من البيت الكامل اي المشتمل على السفل والعلو لان العلو عنده مثل نصف السفل
فثلثة وثلثون ذراعا وثلث ذراع من علو البيت الكامل يكون بمقابلة مثله من
العلو المجرد وثلثة وثلثون من سفل البيت الكامل يكون بمقابلة ستة وستين
وثلثين من العلو المجرد فذلك تمام المائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد
ستة وستون وثلثا ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله فستة
وستون وثلثان من سفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد وستة وستون
وثلثان من علو الكامل في مقابلة ثلث وثلثين وثلث ذراع من السفل المجرد
فذلك تمام مائة وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت
الكامل مائة ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان العلو والسفل
عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل
وخمسون منها علو كذا في الهداية والعناية وان اقر احد المتقاسمين بالاستيفاء
ثم ادعى ان بعض نصيبه في يد صاحبه لا يصدق الا بحجة هذا شروع في
بيان دعوى الغلط في القسمة وهي على وجوه منها ما ذكره المص بانه اذا احد الشريكين
ادعى الغلط في القسمة وزعم ان بعض نصيبه في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه
باستيفاء حقه تماما لا يسمع دعواه ولا يصدق في ذلك الا ببينة لانه يدعي
فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة كالمشتري اذا ادعى لنفسه خيار
الشرط فانه لا يسمع دعواه الا ببينة فان اقامها فقد نور دعواه بها وان عجز عنها
استحلف الشركاء لانهم لو اقروا بذلك لزمهم فاذا انكروه استحلفوا لرجاء النكول
فمن حلف لا سبيل عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعي فيقسم على قدر حقهما
لان نكوله حجة عليه كاقراره ولا يكون حجة على غيره وانما لم يتحالفا لانه متناقض
في دعواه والتناقض يمنع صحة الدعوى والتحالف يبتني على صحة الدعوى كذا في
العناية وغيره ويرد عليه انه ينبغي ان لا يقبل بينته ايضا لانها تبتني ايضا على
صحة الدعوى واذا لم تصح الدعوى للتناقض لم يقبل بينته ولا يترتب عليه التحالف
وباقي وجوه دعوى الغلط ذكرها الامام قاضيخان حيث قال في فتاواه اذا ادعى

احد

احد الشركاء غلطا في القسمة لا تعاد القسمة بمجرد دعواه ولا يعاد ذرع شيء من ذلك
ولا مساحته ولا كيله ولا وزنه الا بحجة وان لم يكن له حجة وطلب استحلاف الشركاء
فانه يستحلف لرجاء النكول ثم الغلط في القسمة على وجوه احدها ان يقول حقي
في النصف وقد اخذت الربع او الثلث وقال الاخر بل حقك الثلث وقد اخذته
وفي هذا يتحالفان ويترادان ايضا لان القبض له شبه العقد ولو اختلفا في
العقد يتحالفان فكذا ما يشبهه ومنها ان يكون المنازعة بينهما في الزيادة فيقول
احدهما اخذت انت يا فلان اكثر من حقك او غصبت الزيادة غصبا بعدما قبضته
ويقول الاخر اخذت حقي وما اخذت الزيادة كان القول قول الاخر والبينة بينة
صاحبه ولا يتحالفان ولا يترادان القسمة ومنها ان يكون المنازعة بينهما فيما اشهد
كل منهما على استيفاء الحق بالتمام ثم يقول احدهما حقي الذي في يدك وحقك الذي
في يدي او يقول قد قسمناها ولكن اخذت انا بعض حقي دون بعض لا يسمع
دعواه ولا خصومة بعدما اشهد على القبض والاستيفاء كما ذكره المص ومنها
ان يقع المنازعة بينهما في التقويم ويقول احدهما قيمتها اكثر مما قومته وينكر الاخر
ففي هذا الوجه لا يقبل قوله ولا يسمع دعواه كذا ذكر في الاقضية الفقيه
ابو بكر البلخي ان كان التفاوت يسيرا هو كما قال في الاصل وان كان التفاوت
كثيرا يرجى ان يسمع دعواه هكذا ذكره في قاضيخان وفصله في العناية
حيث قال ولو اختلفا في التقويم فلا يخلو اما ان يكون يسيرا او فاحشا لا يدخل
تحت تقويم المقومين فان كان يسيرا لم يلتفت الى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي
او بقضاء القاضي لان الاحتراز عن مثله عسير جدا وان كان فاحشا فان كانت
القسمة بقضاء القاضي فسخت القسمة لان الرضاء منهم لم يوجد وتصرف القاضي
مقيد بالعدل ولم يوجد وان كان بالتراضي لم يذكره محمد وحكي عن الفقيه ابو جعفر
الهندواني انه كان يقول لقائل ان يقول لا تسمع هذه الدعوى لان القسمة في
معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لا يوجب نقضه اما البيع من غير المالك
فانه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب ولقائل ان يقول تسمع هذه الدعوى
لان المعادلة شرط في القسمة والتعديل في الاشياء المتفاوتة يكون من حيث

القسمة فاذا ظهر في القيمة غبن فاحش فات شرط جواز القسمة فيجب نقضها والصدر
الشهيد وصاحب الهداية اختار القول الاول انتهى وتقبل شهادة القاسمين فيها
اى في استيفاء حقه والتانيث باعتبار المسئلة يعني لو انكر بعض الشركاء بعد
القسمة استيفاء نصيبه فشهد القاسمان انه استوفى حقه تقبل شهادتهما سواء
كانا من جهة القاضي او من جهة غيره هذا قول ابي ح وابي يوسف خلافا لمحمد فانه
قال لا تقبل شهادة القاسمين وبه قال ابو يوسف اولا وهو قول الشافعي ايضا
وذكر الخصاف قول محمد مع قول ابي ح وابي يوسف واليه مال القدوري لمحمد انهما
شهدا على فعل انفسهما لتصحيح تصرفهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده على فعل غيره فشهد
ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما
لان فعلهما التمييز لا غير ولا حاجة الى الشهادة على التمييز او لانه لا يصلح ان يكون
مشهودا به لانه غير لازم وانما يلزم بالقبض والاستيفاء وهو فعل غيرهما فتقبل
الشهادة عليه وقال الطحاوي اذا قسما باجرة لا تقبل شهادتهما بالاجماع واليه
مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استوجر عليه فكانت شهادة صورة
ودعوى معنى فلا تقبل واجيب عنه بانهما لا يجران الى انفسهما بهذه الشهادة مغنما
لان الخصوم اتفقوا على ايفائهما العمل المستاجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف
في الاستيفاء فانتفت التهمة وقيد بالقاسمين لانه لو شهد قاسم واحد لا تقبل
لان شهادة الفرد لا تقبل على الغير كذا في الزيلعي وان قال احد الشريكين قبضته
على صيغة المتكلم ثم اخذت على صيغة المخاطب بعضه اى المقبوض حلف خصمه يعني
يكون القول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه غصب بعضها قبضه من نصيبه
وهو ينكر الغصب والقول قول المنكر والبينة بينة مدعي الغصب ولا يتحالفان
وان قال قبل ان يقر بالاستيفاء اصابني كذا ولم يسلم الي وكذبه شريكه الاخر تحالفا
وفسخت القسمة لان الاختلاف فيما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في
المبيع والثمن كذا في الزيلعي وعلله في قاضيخان بغير هذا وقد ذكرناه من قبل
ولو ادعى غبنا في القسمة لا يعتبر كالبيع اى كما لا يعتبر دعوى الغبن في البيع
فان دعوى الغبن غير معتبر ولو فاحشا الا ان يكون مع التغرير من الغابن الا

اذا كانت

اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش فتفسخ القسمة لان قسمة القاضي
مقيدة بالعدل والنظر فاذا لم يوجد العدل منه لم يعتبر قسمته فيسمع دعوى الغبن
الفاحش قال في قاضيخان اذا اقتسم القوم شيئا من ميراث او غير ذلك ثم
ظهر الغبن الفاحش في القسمة ان كانت القسمة بقضاء القاضي يبطل عند الكل
وان كانت بالتراضي اختلفوا فيه قال الفقيه ابو جعفر ان قال قائل بان للمغبون
ان يبطل القسمة فله وجه وان قال قائل ليس له ان يبطل فله وجه ايضا وقال
في الزيلعي نقلا عن الكافي والصحيح تبطل القسمة ولو استحق شروع في بيان
دعوى الاستحقاق بعد القسمة بعض معين من نصيب البعض اى بعض الشركاء
لا تفسخ ويرجع بقسطه في حظ شريكه وكذا في الشائع اى ولا تفسخ ايضا
لو كان الاستحقاق في الجزء الشائع في نصيب البعض هذا عند ابي ح وعند
ابي يوسف تفسخ وفي بعض شائع في الكل اى في كل من النصيبين تفسخ اجماعا
اعلم ان ههنا اربعة اوجه الاول استحقاق بعض معين في احد النصيبين وهو
الذي ذكره المص اولا والثاني استحقاق بعض معين في النصيبين والرابع
استحقاق بعض شائع في النصيبين ففي الاول والثاني لا تفسخ القسمة بالاتفاق
بل في الاول يرجع بقسطه في حظ شريكه وفي الثاني كذلك ان كان
الاستحقاق في احدهما اكثر من الاخر وان استويا فلا رجوع لاحدهما على الاخر
وفي الثالث لا تفسخ عند ابي ح بل يخير ان شاء رجع بحصة ذلك في نصيب
صاحبه وان شاء رد ما بقي واقتسم ثانيا وقال ابو يوسف تفسخ ومحمد مع ابي
يوسف في رواية ومع ابي ح في رواية وفي الرابع تفسخ بالاتفاق هكذا ذكر
الاختلاف في الاسرار في الجزء الشائع واختاره المص وذكر في القدوري
والمختار الاختلاف في الوجه الاول اعني استحقاق بعض معين في احد النصيبين
والصحيح ما ذكره المص كذا في الزيلعي وما ذكره في الهداية من ان صاحب
الاسرار ذكر الاختلاف كما ذكر في القدوري في البعض المعين خطاء على ما صرح
به في النهاية ثم وجه ابي يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما
والقسمة بدون رضاه باطلة فصار كما اذا استحق بعض شائع في الكل في

انعدام معنى القسمة اعني الافراز اما في النصيب الذي ظهر فيه الاستحقاق فظاهر واما
في النصيب الاخر فلانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الاخر شايعا بخلاف
البعض المعين فان باستحقاق بعض معين يبقى الافراز فيما وراه لكنه مخير ان شا
نقض القسمة من الاصل لانه ما رضي بها الا على تقدير المعادلة وقد فاتت وان
شاء رجع كما ذكرناه ولا يخفى ان معنى القسمة وهو التمييز والافراز لا ينعدم
باستحقاق جزء شايع في نصيب احدهما لانه لا يوجب الشيوع في نصيب
الاخر ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كانت دار نصفان
والنصف المقدم منها مشترك بين ثلثة نفر والنصف المقدم من هذا النصف المقدم
لواحد منهم والنصف الاخر منه بين اثنين على السوية والنصف المؤخر نصف
الدار بين هذين الاثنين على السوية ايضا فاقتسما الاثنان على ان ياخذ احدهما
قدر نصيبها من المقدم وربع المؤخر فانه جائز فاذا جاز ابتداء جاز انتهاء بعد
الاستحقاق بطريق الاولى وصار كاستحقاق الجزء المعين في عدم انتفاء
معنى الافراز بخلاف الشايع في النصيبين فانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث
بتفريق نصيبه في النصيبين اما ههنا فلا ضرر بالمستحق فاذا لم يبطل القسمة فله الخيار
على ما ذكرناه ولو ظهر بعد القسمة دين على الميت محيط نقضت القسمة اي ان
يعرف الورثة ولم يبرء الغرماء والا لم تنقض القسمة وهذا لان الدين يمنع وقوع الملك
للوارث فظهر ان القسمة وقعت في غير محله فتنتقض وكذا لو كان الدين غير
محيط لان حق الغرماء تعلق بالتركة فتبطل القسمة لتعلق حقهم الا اذا بقي من التركة
بعد القسمة ما يفي به اي بالدين ثم لا تنفسخ القسمة لعدم الحاجة الى الفسخ لامكان
وصول حقهم اليهم بلا فسخ القسمة ولو ابرا الغرماء الورثة او اداه اي الدين
الورثة من مالهم لا تنتقض القسمة مطلقا اي سواء كان الدين محيطا او لا وسواء
كان الدائن راضيا او لم يرض بخلاف ما اذا ظهر وارث او الموصى له بالثلث او الربع
بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنتقض ان لم يرض الوارث
والموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال اخر الا برضاهما كذا في
العناية قلت فيه نظر لانه ذكر في فصل من قسمة قاضيخان وقال لو لم يكن الدين

ظاهرا

ظاهرا وقت القسمة ثم ظهر بعد القسمة كانت القسمة مردودة الا ان يقضوا الدين من
مالهم وكذا لو ظهر في التركة وصية بالثلث او ببعض من اعيان المال فالوصية
بمنزلة الدين انتهى فقد جعل دعوى الوصية مثل دعوى الدين دون مثل دعوى
الوارث اطلق الدين فشمل دين الوارث ودين الاجنبي على الميت والدين على الوارث
فان دين الوارث مثل دين الاجنبي في بطلان القسمة بظهوره واقدام الوارث
على قسمته لا يمنع دعوى الدين ولا بطلان القسمة لما قال في فتاوى قاضيخان ميراث
بين قوم لم يكن هناك دين ولا وصية فمات بعض الورثة وعلى الميت الثاني
دين او اوصى بوصية او كان له وارث غائب وصغير فاقتسم الورثة ميراث
الميت الاول بغير قضاء كان لغرماء الميت الثاني ان يبطلوا القسمة وكذا للصاحب
الوصية والوارث الغائب والصغير لان ورثة الميت الثاني قاموا مقام الميت الثاني
ولو كان هو حيا غائبا لم تنفذ قسمتهم عليه فكذا اذا كان ميتا ميراث بين قوم
اقتسموا واشهدوا على انفسهم بالقسمة ثم ادعت امراة الميت المهر على الميت واقامت
البينة كان لها ان يبطل القسمة ويكون دينها كدين اجنبي فاقدامها على القسمة
لا يمنعها من دعوى الدين لان اجازة الغريم القسمة قبل ان يصل اليه الدين باطلة
ويكون وجودها كعدمها وكان له ان يبطل القسمة فكذا اذا كان الغريم هو
الوارث انتهى فظهر من المسئلة الاولى ان ظهور الدين على الوارث يبطل صحة القسمة
ومن المسئلة الثانية ان ظهور الدين للوارث يبطل صحة القسمة

فصل

لما ذكر احكام القسمة في الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض وهي
المهايات وهي في اللغة المفاعلة من الهيئة قال في المصباح الهيئة الحالة
الظاهرة يقال هاء يهوء وتهيء هيئة حسنة اذا صار اليها وتهيات للشيء اخذت
له هيئة وتفرغت له وهياته للامر اعددته فتهيا وتهايا القوم تهايوا من الهيئة
ان جعلوا لكل واحد هيئة معلومة والمراد النوبة وهاياته مهايات وقد تبدل
الهمزة الفا للتخفيف فيقال هاييته مهايات انتهى وقال في المغرب الهيئة
هي الحالة الظاهرة للمتهيء للشيء والتهايؤ تفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا
به وحقيقته ان كلا منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها يقال هايا فلان فلانا

ونهاية القوم واما المهاياة بابدال الهمزة الفا فلغة ايضا وفي عرف الفقها هي عبارة
عن قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا ولذا قال وتجوز المهاياة والقياس ان
لا يجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لان كل واحد من الشريكين ينتفع بنوبته في
ملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته ولكن ترك القياس بالكتاب
والسنة والاجماع على سبيل التعاقب عليها بين في محله ولان المهايات قد
يحتاج اليها اذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع من عين واحد فكانت المهاياة جمعا
للمنافع في زمان واحد كالقسمة فانها جمع النصيب الشايع في مكان معين
فجرت المهاياة في المنافع مجرى القسمة في الاعيان ولو لم تجز المهاياة لادى
الى تعطيل الاعيان ولهذا يجري فيها جبر القاضي اذا طلبها بعض الشركاء وابى غيره كما
في قسمة الاعيان الا ان القسمة اقوى منها في استكمال المنفعة لانها جمع المنافع في
زمان واحد دفعة واحدة والتهايي جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين
القسمة والاخر المهاياة يقسم القاضي لانها ابلغ في التكميل ولو وقعت المهاياة فيما
يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة تقسم وتبطل المهايات ويجبر عليها اي على
المهاياة في دار واحدة بان يسكن هذا الشريك بعضا وهذا بعضا اخر من تلك
الدار او هذا علوها وهذا سفلها لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة
اختلفوا في التهايي على هذا الوجه هل هو افراز او مبادلة قال بعضهم انها افراز لا
مبادلة لتحقق معنى الافراز فيه فان القاضي يجمع جميع منافع احدهما في بيت او مكان
واحد بعد ان كانت شايعة في بيتين او مكانين وكذلك في حق الاخر ولو كان
مبادلة لما صح ذلك لانها لا تجوز في الجنس الواحد لشبهة الربا لان المبادلة تمليك
بالعوض فلا تعرى عن شبهة الربا وقيل هو افراز من وجه ومبادلة من وجه
كقسمة الاعيان قال في الزيلعي والاوجه انها افراز من كل وجه في المهايات
في المكان ولهذا لا يشترط فيها التأقيت وجاز لكل واحد من الشركاء ان يستغل
ما اصابه بالمهايات شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه
ولا كذلك العارية والاجارة وفي المهاياة في الزمان افراز من وجه انتهى
واعترض عليه بان كلا من الشريكين يترك ما له من المنفعة فيما اخذه صاحبه

بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه فكيف يتصور ان يكون افرازا كل نصيبه وفي
بيت صغير اي ويجبر عليها ايضا في بيت صغير ليسكنه هذا شهرا وهذا شهرا وهذا
هو التهايي في الزمان وانما جاز لضرورة الحاجة اليه وهذا التهايي افراز من وجه
على ما ذكرناه وله اي لكل من الشريكين الاجارة اي اجارة ما اصابه بالمهاياة
في المكان او في الزمان شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع
على ملكه واخذ الغلة اي الاجرة في نوبته متعلق بالاجارة وفي عبد اي ويجبر
عليها في عبد يخدم هذا يوما وهذا يوما وهو التهايي في الزمان وهو متعين
فيه كما في البيت الصغير لتعذر التهايي في المكان ولو اختلفا في التهايي
من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمر القاضي بالاتفاق لان التهايي
في المكان اعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع وليس فيه تقديم احدهما على
الاخر فكان اعدل وفي الزمان اكمل لان كل واحد في نوبته ينتفع بجميع الدار
فكان اكمل فلما اختلفت الجهة فلا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان
يقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا للتهمة عن نفسه كذا في الزيلعي وفي عبدين
يخدم احدهما اي احد العبدين احدهما اي احد الشريكين والعبد الاخر يخدم الشريك
الاخر اما عند ابي يوسف ومحمد فلان قسمة الرقيق جائزة عندهما فكذا قسمة
المنفعة واما عند الامام ففي رواية عنه انه لا يجوز الا بالتراضي لان قسمة
الرقيق لا يجري فيها الجبر عنده فكذا منفعته وفي رواية عنه وهو الاصح انه يجوز
جبرا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت
تفاوتا فاحشا ولو اتفقا في التهايي على العبدين على ان نفقة كل عبد على من
يخدمه جاز استحسانا لان العادة جرت بالمسامحة في اطعام المماليك
فلا تفضي الجهالة الى النزاع كاستيجار الظئر بطعامها وكسوتها بخلاف الكسوة
لانه لا تسامح فيها عادة فلا يجوز وفي دارين يسكن هذا الشريك هذه الدار
وهذا الشريك الاخر يسكن هذه الدار الاخرى اي ويجبر القاضي عليه بالاتفاق
على ما في الزيلعي اما عندهما فلان الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجري الجبر
على قسمتها وكذا عنده لان المنافع لا تتفاوت فيجوز ويجبر الابي عنها ويعتبر افرازا

كالاعيان المتفاوتة بخلاف القسمة لان التفاوت في اعيانها فاحش فالتحقت بالاجناس
المختلفة فصارت مبادلة وقيل عنده يجوز بالتراضي ولا يجبر اعتبارا بالقسمة
وعنه انه لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا لا بالجبر ولا بالتراضي لانه يصير بيع المنافع بالمنافع
من جنسه نسيئة وذلك لا يجوز بخلاف قسمة رقبتها حيث يجوز بالتراضي لان
بيع احديهما بالاخرى جائز وفي الظاهر قوله كقولهما كذا في الزيلعي ولا يجوز
ذلك في دابة او دابتين الاثنين اي بان يركب احدهما يوما والاخر يوما هذا
عند ابي ح خلافا لهما فالا يجوز التهايؤ في الدابة ايضا واحدة او ثنتين اعتبارا
لها بقسمة الاعيان ولابي ح ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين تفاوتا فاحشا
ويجوز التهايؤ في استغلال دار او دارين وذلك بان استغل هذا الشريك
هذه الدار وهذا الشريك الدار الاخرى او استغل هذا شهرا وهذا شهرا في
الدار الواحدة لا في استغلال عبد او دابة من حمار او بغل او فرس وغيرها
وهذا لان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء فالظ التغير في الحيوان
فيفوت المعادلة بخلاف التهايؤ في استغلال الدار الواحدة حيث يجوز في
ظاهر الرواية لان الظ عدم التغير في العقار فافترقا وما اي الغلة التي زاد
في نوبة احدهما في الدار الواحدة مشترك بين الشريكين تحقيقا للتعديل
لا في الدارين اي لا يشتركان فيما زاد من الغلة في نوبة احدهما في استغلال
الدارين لان معنى الافراز يرجح في الدارين لاتحاد زمان الاستيفاء فان كل
واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها صاحبه وفي الدار الواحدة
يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا كانه استقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على ان
يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني ويجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في
ايجار نصيب صاحبه فاذا استوى في القبض كان الباقي مشتركا بينهما والتهايؤ
في استغلال عبدين هذا هذا اي هذا الشريك استغل هذا العبد وهذا الشريك
الاخر العبد الاخر لا يجوز عند ابي ح خلافا لهما فالا يجوز لان المعادلة يمكن بينها
لاتحاد وقتهما ولان قسمة رقبتهما ومنفعتهما جائز عندهما فكذا قسمة غلتهما فصار
كالدارين بخلاف التهايؤ في غلة عبد واحد حيث لا يجوز لانه لا يتاتى الا في زمانين

فيتوهم

فيتوهم تغيره بل هو الظ في الاستغلال لان العادة جرت بالاستقصاء فيه
فيتغير من التعب بخلاف التهايؤ في خدمة عبد واحد حيث يجوز بالاجماع على ما
تقدم ولابي ح ان التهايؤ في الخدمة جوز للضرورة لعدم امكان قسمتها ولا ضرورة
في الغلة لانه يمكن قسمتها لان الغلة عين مال وعلى هذا الخلاف الدابتان لا يجوز
استغلالهما عند ابي ح ويجوز عندهما لما ذكرناه في العبدين ولا يجوز التهايؤ
في ثمر شجر او لبن غنم او اولادها يعني لو كان شجر او غنم بين رجلين فتهايئا على ان
ياخذ كل منهما طائفة من الشجر او الغنم ليستثمرها او يرعاها ويشرب البانها وياخذ
اولادها لا يجوز ذلك لان المهاياة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر
قسمتها وهذه اعيان باقية ترد القسمة عليها عند حصولها والحيلة فيها ان يبيع حصته
من الاخر ثم اشترى كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا
لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز كذا في الهداية قيد بلبن غنم احترازا عن
لبن ابن ادم فانه يجوز التهايؤ فيه حتى لو كانت جاريتان مشتركتان بين اثنين
فتهايئا على ان يرضع احديهما ولد احدهما والاخرى ولد الاخر يجوز لان لبن
ابن ادم لا قيمة له فجرى مجرى المنافع كذا في الزيلعي ويجوز التهايؤ في عبد
ودار على السكنى والخدمة يعني لو كان بين اثنين عبد ودار فتهايئا على ان يخدم
احدهما العبد ويسكن الاخر في الدار جاز ذلك لان التهايؤ في الخدمة
والسكنى يجوز عند اتحاد الجنس فعند الاختلاف اولى كذا في الاختيار وكذا في
كل مختلفي المنفعة كسكنى دار وزرع ارض وكذا الحمام والدار المشتركان بين اثنين
وذلك لما ذكرنا . ايضا ولا تبطل المهاياة بموت احدهما ولا بموتهما لانا نحتاج
الى اعادتها بطلب الوارثين او احدهما فلا تبطل ولو طلب احدهما بعد المهاياة القسمة
بطلت المهاياة يعني لو تهايئا ما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة بطل التهايؤ
ويقسم القاضي لان القسمة اقوى من المهاياة على ما ذكرناه في اول الفصل

كتاب المزارعة هي في اللغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة عقد
على الزرع ببعض الخارج وهي اي المزارعة فاسدة عند ابي ح وعندهما جائزة
وبه يفتى لحاجة الناس اليها في عموم البلدان ثم محل الخلاف هي المزارعة على قدر

معيّن من الخارج من الثلث او الربع او النصف ولذا قال في التعريف ببعض الخارج والّا
فلو لم يعيّن شيئا اصلا او عقد عقد المزارعة على دراهم مسمّاة كانت فاسدة
بالاتفاق لهما ما روى ان النبي عم عامل اهل خيبر على نصف ما خرج من ثمر او زرع
ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة
بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر
هنالك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة ولابي ح ما روى ان النبي عم نهى عن
المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى
قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي
عم اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المنّ والصلح وهو جائز ثم اذا فسدت
المزارعة عنده فان سقى المزارع الارض وكربها فله اجر مثل عمله سواء خرج
من الارض شيء او لم يخرج لانه في معنى اجارة فاسدة هذا اذا كان البذر
من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبل المزارع فعليه اجر مثل الارض
والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر قال
الحصيري وابو ح هو الذي فرّع هذه المسائل على اصوله الظان ان هذا الضمير
راجع الى ابي ح وفيه نظر لما قال في الخلاصة ان ابا ح انما فرّع المسائل على قول
من جوّز المزارعة لعلمه ان الناس لا يأخذون بقوله انتهى فعلم ان في
ضمير اصوله نظر اللهم انه راجع الى المجوّز في عبارة الحصيري لعلمه ان
الناس لا يأخذون بقوله ويشترط فيها اي يشترط في المزارعة عند من
يجوّزها شروط ثمانية احدها صلاحية الارض للزرع لان المقصود لا يحصل بدون
الصلاحية واهلية العاقدين اي هو الشرط الثاني اي يكون كل من المزارع ورب
من اهل العقد لان العقد الشرعي لا يصلح الا من الاهل وتعيين المدة وهو
الشرط الثالث وهذا لانها عقد على منافع الارض او منافع العامل ولا يعرف
ذلك الا بالمدة المعينة ولا بد ان يكون المدة قدر ما يتمكن من الزراعة لو اكثر
ولا يكون الاكثر قدر ما لا يعيش اليه مثلها او مثل احدهما غالبا حتى لو كانت
المدة اقل ما يتمكن من الزراعة او اكثر من قدر ما يعيش اليه احدهما مثل مائة سنة

قال

قال في قاضيخان ان دفع ارضه مزارعة ولم يذكر الوقت قال في الكتاب لا تصح
المزارعة لان المزارعة اجارة فان البذر لو كان من قبل صاحب الارض المزارعة
استيجار للعامل وان كان البذر من قبل العامل وهي استيجار للارض ولهذا
لو قال لغيره استاجرتك لتزرع ارضي هذه ببذري على ان يكون الخارج بيننا
نصفين كانت مزارعة وكذا لو قال العامل ذلك لصاحب الارض والمنافع
لا تصير معلومة الا ببيان الوقت وقال مشايخ بلخ لا يشترط بيان المدة و
ويكون المزارعة على اول السنة يعني اول زرع يكون في تلك السنة
واختاره محمد بن سلمة قال والفتوى في بيان الوقت على جواب الكتاب
يعني لزومه وبيان رب البذر وهو الشرط الرابع وهذا لان المعقود عليه
وهو المنافع منافع العامل او منافع الارض لا يعرف الا ببيان من عليه البذر
لان المستاجر فبيانه يعرف ما وقع عليه عقد الاجارة من منافع الارض
او منافع العامل بيانه ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كانت
المزارعة استيجارا للعامل وان كان البذر من قبل العامل كانت المزارعة
استيجارا للارض فكان المعقود عليه مجهولا واحكامها مختلفة ايضا
فان العقد في حق من لا بذر منه يكون لازما في الحال وفي حق
صاحب البذر لا يكون لازما قبل القاء البذر ولهذا لو دفع الى رجل ارضا
وبذرا مزارعة جائزة ثم ان رب الارض اخذ الارض والبذر وزرعها
بنفسه كان ذلك نقضا للمزارعة ولا يكون اعارة لعدم كونه لازما في
حقه قبل القاء بذر وهذا جواب ظاهر الرواية وقال الفقيه ابو بكر البلخي
لا يشترط بيان رب البذر بل يحكم فيه العرف فان كان في موضع يكون
البذر من قبل العامل او من قبل صاحب الارض يعتبر فيه عرفهم ويجعل البذر
على من كان البذر عليه في عرفهم ان كان العرف مستمرا وان كان مشتركا
لا تصح المزارعة ثم هذا اذا لم يذكر لفظا يعلم به صاحب البذر فان ذكر
لفظا يدل عليه بان قال صاحب الارض دفعت اليك الارض لتزرعها لي
او قال استاجرتك لتعملها بنصف الخارج يكون بيانا ان البذر من قبل

صاحب الارض وان قال لتزرعها لنفسك كان بيانا ان البذر من قبل العامل كذا
في قاضيخان وجنسه اي شرط بيان جنس البذر وهو الشرط الخامس لان
الاجرة منه فلابد من بيان جنس الاجرة لان الاجارة لا تصح عندجها له
الاجرة ولان بعض الزرع يضر بالارض فلابد من بيانه وقيد بجنس البذر
لان بيان مقدار البذر لا يشترط لان ذلك باعلام الارض ثم ان لم يبينا
جنس البذر فان كان البذر من قبل صاحب الارض جاز لان في حقه
المزارعة لا يتاكد قبل القاء البذر وعند القاء البذر يصير الاجر معلوما
والاعلام عند التاكد يكون بمنزلة الاعلام وقت العقد كما لو استاجر دابة
للركوب ولم يبين الراكب او للحمل ولم يبين الحمل لا يصح الاجارة ثم ينقلب جائزا
عند الركوب والحمل وان كان البذر من قبل العامل ولم يبينا جنس البذر
كانت المزارعة فاسدة لانها لازمة في حق صاحب الارض قبل القاء البذر
فلا يجوز الا اذا فوض الامر الى العامل على وجه العموم بان قال له رب
الارض على ان تزرعها ما بدا لك او ما بدا لي لانه لما فوض الامر اليه فقد
رضي بالضرر وان لم يفوض الامر اليه على وجه العموم وكان البذر من
قبل العامل ولم يبينا جنس البذر فسدت المزارعة ثم اذا زرعها شيئا تنقلب
جائزة لانه لما خلى بينه وبين الارض وتركها في يده حتى القى البذر
فقد تحمل الضرر فيزول المفسد فيجوز كما في مسئلة استيجار الدابة للركوب
او الحمل كما تقدم اطلق الجنس فتشمل البيان من جنس واحد ومن جنسين ومن
اجناس مختلفة وصورة الاول ظاهرة وفي صورة الثاني والثالث تفصيل
ذكره في قاضيخان حيث قال فيه وصورة ذلك رجل دفع الى رجل ارضا
على ان يزرعها ببذره سنة هذه على انه ان زرعها حنطة فالخارج بينهما
نصفان وان زرعها شعيرا فلصاحب الارض ثلثه وان سمسما فلصاحب
الارض ربعه جاز ذلك على ما شرطا لان المزارعة في حق صاحب البذر
يتاكد عند القاء البذر وعند ذلك البذر معلوم ولو زرع بعضها حنطة وبعضها
شعيرا وبعضها سمسما جاز ايضا على ما شرطا في كل نوع وكذا لو دفع الى رجل ارضا

ثلثين سنة على ان ما زرع فيها من حنطة او شعير او شيء من الغلة غلة الصيف والشتاء
فهو بينهما نصفان وما غرس فيها من شجر او كرم او نخل فهو بينهما اثلاثا لصاحب الارض
ثلثه وللعامل ثلثاه فهو جائز على ما شرطا سواء زرع الكل على احد نوعين او زرع
بعضها او جعل بعضها كرما فهو جائز ايضا في ظاهر الرواية ولو دفع ارضا مزارعة
على ان يزرعها ببذره وبقره على ان يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا وبعضها
سمسما فما زرع فيها حنطة فهو بينهما نصفان وما زرع فيها شعيرا فلرب البذر
الارض ثلثه وما زرع فيها سمسما فلرب الارض ثلثاه فهو فاسد كله بخلاف ما
تقدم لان ههنا نص على التبعيض فقال على ان يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا
فليس له ان يزرع كلها احد الاصناف الثلثة وانما يزرع كل نوع في بعض الارض
وذلك البعض مجهول في الحال وعند القاء البذر في الارض ايضا لانه اذا زرع
بعضها حنطة لا يدري ماذا يزرع في ناحية اخرى وليس عليه ان يزرع
فكان العقد فاسدا واذا فسد العقد كان الخارج كله لصاحب البذر وكذا لو قال
خذ هذه الارض على ان ما زرعت فيها حنطة فالخارج بيننا نصفان وما
زرعت فيها شعيرا فلي ثلثه ولك ثلثاه وما زرعت فيها سمسما فلي ثلثاه ولك
ثلثه فهو فاسد ايضا في ظاهر الرواية لما قلنا وتفصيل باقي ما يتعلق بهذا
الشرط مذكور في قاضيخان ونصيب الاخر اي شرط ايضا بيان نصيب الاخر
اعني من لا بذر من جهته وهو الشرط السادس لانه اجرة اما الارض او لعمله
فلابد ان يكون معلوما والتخلية اي شرط التخلية وهو الشرط السابع بين
الارض والعامل لان بالتخلية بينهما يتمكن من العمل كما في المضاربة فكل ما يمنع
التخلية كاشتراط عمل صاحب الارض مع العامل يمنع جواز المزارعة والتخلية
ان يقول صاحب الارض للعامل سلمت اليك الارض ومن التخلية ايضا ان تكون
الارض فارغة عند العقد فان كان فيها زرع قد نبت يجوز العقد ويكون
معاملة ولا يكون مزارعة وان كان فيها زرع قد ادرك لا يجوز العقد لان
الزرع بعد الادراك لا يحتاج الى العمل فكما تعذر تجويز هذا العقد مزارعة
تعذر تجويزها معاملة ايضا وينبغي ان يكون العامل عارفا للارض لانه

اذا لم يعلم والاراضي متفاوتة لا يصير العمل معلوما فيفسد العقد وان شرط مع العامل
عمل عبد العامل جاز العقد على كل حال كالو شرطا على العامل البقر وان شرطا مع العامل
عمل عبد صاحب الارض على ان يكون للعامل ثلث الخارج ان كان البذر من قبل
صاحب الارض يجوز العقد ويكون للعامل ثلث الخارج لان البذر اذا كان من
قبل صاحب الارض كان اشتراط عمل عبده بمنزلة اشتراط البقر على صاحب
الارض واشتراط البقر على صاحب الارض جائز اذا كان البذر منه فكذا
اذا شرط عمل عبد صاحب الارض ويكون المشروط للعبد للمولى ان لم يكن عليه
دين وان كان عليه دين فكذلك في قول ابي يوسف ومحمد وقياس قول ابي ح
المولى من كسب عبده المديون بمنزلة الاجنبي فكانه دفع الارض والبذر مزارعة
الى عاملين على ان يكون لكل واحد منهما ثلث الخارج وان كان البذر من قبل العامل
وشرطا لعمل عبد صاحب الارض مع العامل لا يجوز كما لو شرطا البقر على صاحب
الارض من قبل العامل كان فاسدا كذا في قاضيخان والشركة اي وشرطت
الشركة وهو الشرط الثامن في الخارج لانه هو المقصود من المزارعة فتنعقد اجارة
في الابتداء وتتم شركة في الانتهاء واذا شرطت الشركة في الخارج فتفسد
المزارعة بكل ما يقطع الشركة في الخارج مثل ان شرط لاحدهما اي لاحد
العاقدين من رب الارض والعامل قفزان جمع قفيز مثل اقفزة معينة اي
مسماة من الخارج او مثل ان شرط لاحدهما ان ما يخرج من موضع معين من الارض
كالماذيانات في المغرب الماذيانات جمع الماذيان وهو اصغر من النهر واعظم
من الجدول فارسي معرب وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يستقى منه الارض
انتهى والسواقي جمع الساقية وهي فوق الجدول ودون النهر كذا في المغرب
والحاصل انهما لو شرطا ان ما يخرج في هذه الناحية من الارض لاحدهما والباقي
للاخر تفسد لعقد الشرط المذكور لاحتمال ان لا يخرج الا من ذلك الموضع فينقطع
الشركة في الخارج او شرطا ان يرفع صاحب البذر قدر البذر والخارج ويقسم
ما بقي من ايهما كان البذر لاحتمال ان لا يخرج من الارض الا ذلك المقدار فينقطع
الشركة والمراد بالخراج هنا خراج الموظف وهو ما وظفه الامام عليهم كل سنة

بقدر

634

بقدر ما يطيق به ارضهم لا الخراج مقاسمة وهو ان يشترط بعض ما يخرج كالنصف والثلث
والربع ونحو ذلك مما كان جزءا شايعا في الخارج فان اشتراطه جائز لعدم
افضائه الى قطع الشركة كما لو شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والارض عشرية
او شرط رب البذر عشر الخارج لنفسه او للاخر والباقي بينهما فانه جائز لانه
مشاع في الخارج فلا يفضي الى قطع الشركة فان ما من قدر يخرجه الارض اذا رفع
منه عشره او نصفه او ثلثه بقي بعد ذلك شيء يكون بينهما فيجوز لعدم انقطاع الشركة
او شرطا ان يكون التبن لاحدهما والحب للاخر لانه شرط مخالف لمقتضى العقد
لانه يفضي الى قطع الشركة اذ ربما يصيبه آفة فلا ينعقد الحب فلا يخرج الا التبن
او يكون الحب بينهما والتبن لغير رب البذر لما ذكرناه ايضا لانه يفضي الى قطع
الشركة ايضا بان لا يخرج من الارض الا التبن او يكون التبن بينهما والحب لاحدهما
لانه يؤدي الى قطع الشركة ايضا فيما هو المقصود وهو الحب وان شرط كون الحب بينهما
والتبن لرب البذر او شرط رفع العشر صحت في الصورتين اما في الصورة
الاولى فلانه شرط يقتضيه العقد لان مقتضاه ان يكون الحب بينهما والحب
لصاحب البذر حتى لو سكتا عن ذكر التبن يكون التبن لصاحب البذر واما في
الصورة الثانية فلانه شرط لا ينقطع به الشركة كما ذكرناه من قبل وان
لم يتعرض للتبن اي لو شرطا الحب بينهما نصفين وسكتا عن ذكر التبن فهو اي التبن
بينهما وقيل لرب البذر اي صحت المزارعة في هذه الصورة لانهما شرطا الشركة
فيما هو المقصود منها وهو الحب والتبن يكون بينهما ايضا عند بعض المشايخ لانه تبع للحب
والتبع يقوم بشرط الاصل وهو اختيار مشايخ بلخ وقال غيرهم انه لصاحب البذر
لانه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط واعلم ان ما ذكره في مسئلة
اشتراط التبن وعدم اشتراطه خمس صور ثلثة منها فاسدة واثنان جائزتان
كما ترى وهكذا ذكره في الهداية وقد جعل في قاضيخان الصور الفاسدة
ستا وجعل السادسة منها ما اذا شرطا ان يكون التبن بينهما وسكتا عن
الحب وعلل فساد هذه الصورة بانه شرط يؤدي الى قطع الشركة في المقصود
لاحتمال ان يحصل احدهما دون الاخر وهذه عكس الصورة الخامسة التي ذكرها

المص ولم يذكرها المص اكتفاء بذكر عكسه ثم الصورة التي ذكرها المص اولا وثالثا
يشتمل كل واحدة منها على صورتين فيكون المذكور في كلام المص صريحا خمس
صور من الفاسدة وثنتين من الصحيحة فبلغ سبعا واكتفى عن الثامنة بعكسه
واجرة الحصاد معنى الحصاد معروف والرفاع بالفتح والكسر وهو ان يرفع الزرع
الى البيدر والدوس وهو وطي الزرع بقوائم الدواب والتذرية وهو تمييز
الحب من التبن بالريح عليهما بالحصص لان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول
المقصود فيبقى مال مشترك بينهما فيجب مؤنته عليهما بقدر ماليهما كما في هذه الاعمال
فانها عليهما فان شرطا اي الاجرة على العامل فسدت المزارعة لانه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحد العاقدين وهو رب الارض فشرط الحمل او الطحن فيفسد
به العقد وكذا لو شرطا الحصاد والرفاع والدوس والتذرية انفسها على العامل
فسدت كما اذا شرطا اجرة هذه الاشياء والاصل ههنا اذا شرط على
احدهما ما ليس من اعمال المزارعة تفسد المزارعة وعمل المزارعة ما ينبت وينمي
في الخارج وما لا ينبت ولا ينمي ولا يزيد في الخارج فهو ليس من اعمال المزارعة
اذا ثبت هذا الاصل فنقول اذا شرط على احدهما شيئا من هذه الاشياء او اجرتها
فسدت المزارعة في ظاهر الرواية من ايهما كان البذر وعن ابي يوسف انه
يصح وهو الاصح وعليه الفتوى للتعامل فيه اعتبارا بالاستصناع وهو
اختيار مشايخ بلخ وشرطه على رب الارض مفسد اتفاقا لما ذكرناه من انه
شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد العاقدين وانما جوزه ابو يوسف
فيما اذا شرط على العامل للتعامل وليس في رب الارض تعامل فيفسد لكن ذكر
في الخلاصة عن ابي يوسف نقلا عن النوازل بجواز هذا الشرط مطلقا سواء
كان على العامل او على رب الارض فكان فيه عن ابي يوسف روايتان في رواية
انه يجوز فيما اذا شرط على العامل وفي رواية عنه انه يجوز مطلقا لكن الظاهر من
الهداية ما ذكره المص من انه مفسد بالاتفاق رواية واحدة فيما كان الشرط على
رب الارض وما قبل الادراك اي عمل كان قبل الادراك واعلم ان الاعمال ثلثة منها
ما كان قبل ادراك الزرع وهو من اعمال المزارعة كالسقي والحفظ فهو على المزارع

كما

635

كما ذكره في الكتاب ومنها ما كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس
والتذرية والرفاع وهو ليس من اعمال المزارعة وهذا عليهما على الاشتراك ومنها
بعد الادراك وبعد القسمة وهو الحمل الى البيت والطحن وهو ليس من اعمال
المزارعة ايضا وهذا يكون عليهما بقدر حصصهما كذا في العناية والمص ذكر
النوع الاول بقوله كالسقي والحفظ فهو على المزارع وان لم يشترط وان شرط
ذلك عليه لا يفسد لانه لا يزيده الا وكادة قال في قاضيخان الاصل فيه
انه اذا شرط في المزارعة على العامل ما يحصل به الخارج او يربى كالحفظ
والسقي الى ان يدرك الزرع لا يفسد المزارعة لان ذلك يستحق عليه بمطلق
العقد فالشرط لا يزيده الا وكادة وكذا لو شرط على العامل ما لا يخرج الارض
بدونه زرعا معتادا كشرط الكراب لا يفسد العقد وان شرط على العامل
ما له اثر في الزيادة على المعتاد ينظر في ذلك ان كان لا يبقى منفعته
بعد انتهاء المزارعة كشرط الكراب لا يلزمه من غير شرط واذا شرط
عليه يلزمه الوفاء به واذا شرط على العامل ما يبقى اثره بعد انقضاء المدة
كما لو شرط على العامل كري الانهار والقنطرة واصلاح المسنات واشباه
ذلك عند البعض ان يرد الارض على صاحبها مكروبة وعند البعض زيادة كراب
لا يحتاج اليه لخروج الزرع المعتاد يفسد العقد سواء كان البذر من العامل
او من صاحب الارض وان شرط على صاحب الارض اصلاح المسنات
وكري الانهار وتقريب الماء حتى يمكنه الشرب جاز سواء كان البذر من
العامل او من صاحب الارض لان ذلك من عمارة الارض فيكون على صاحب
الارض بدون الشرط فالشرط لا يزيده الا وكادة انتهى فظهر منه اشتراط
كراب الارض على العامل على الوجهين جائز من ايهما كان البذر واما اشتراطه
على رب الارض ففيه تفصيل ذكره في الخلاصة حيث قال ولو شرط كراب
الارض المزارع جاز من ايهما كان البذر ولو شرط على رب الارض ان كان
البذر من قبل المزارع فالمزارعة فاسدة كما لو شرط الحفظ على رب الارض
وان كان البذر من قبل رب الارض انه لم يبين للكراب وقتا فسدت لجهالة

وقت المزارعة لان التسليم بعده يقع وان بين وقته جاز لان المزارع يقبلها مكروبة
والمزارعة تقع من ذلك الوقت وهو معلوم وعمل رب الارض من قبله ولم يكن
شرط عمله في المزارعة بخلاف ما اذا كان البذر من قبل المزارع لانه يجبر على
التسليم من حين عقد فيقع شرط عمله بعده في حال الشركة فلا يجوز هكذا
ذكر هذه المسئلة ثم قال ولو شرط في المزارعة على احدهما القاء السرقين
ان شرط على المزارع فالمزارعة فاسدة من ايهما كان البذر والخارج كله
للمزارع ان كان البذر منه وعليه اجر مثل الارض ولا يغرم رب الارض شيئا
للمزارع من قيمة السرقين الذي طرحه في الارض وان كان البذر من رب
الارض فالخارج له وعليه اجر مثل عمل المزارع في ارضه وقيمة ما طرح من
السرقين وان شرط السرقين على رب الارض ان كان البذر من المزارع فالمزارعة
فاسدة والخارج للمزارع وعليه اجر مثل الارض وقيمة السرقين وان كان
البذر من رب الارض فالمزارعة جائزة وان شرط القاء السرقين رب
الارض قالوا ان شرط على المزارع جاز من ايهما كان البذر وان شرط على
رب الارض ان كان البذر من العامل لا يجوز وان كان البذر من رب
الارض يجوز ولو شرطا ان لا يسرقنها احدهما فالمزارعة جائزة على ايهما شرط
والبذر من المزارع او من رب الارض ولو شرط الدولاب او الدالية على المزارع
يجوز مطلقا كاشتراط البقر عليه ولو شرط على رب الارض ان كان البذر
منه يجوز ايضا وان كان من المزارع لا يجوز ولو شرط العلف مع الدابة على
المزارع جاز من ايهما كان البذر وعلى رب الارض ان كان البذر منه جاز وان
من المزارع لا يجوز واذا كان البذر والارض لاحدهما والعمل والبقر وسائر
الالات للآخر هذا شروع في انواع المزارعة على قول من يجوزها وهي على ما
ذكره ستة ثلثة منها جائزة وثلثة منها فاسدة اما الثلثة الجائزة فاحدها
هذه وانما جازت هذه لان صاحب الارض يصير مستاجرا العامل ليعمل آلة العامل
ببقره لصاحب الارض والبذر والثاني ما ذكره بقوله او الارض لاحدها
والبقية اي البذر والعمل والبقر والالات للآخر وانما جاز هذا اذا شرط

لصاحب

لصاحب الارض شيئا معلوما من الخارج لان صاحب البذر يكون مستاجرا للارض
بشيء معلوم من الخارج فيجوز والثالث ما ذكره بقوله او العمل لاحدهما والبقية
للآخر لان صاحب الارض يكون مستاجرا العامل بشيء معلوم من الخارج ليعمل
في ارضه ببقره وبذره فيجوز صحت اي في كل من الصور الثلاث لما ذكرناه
ولما ذكر الصور الثلاث الصحيحة شرع في بيان الصور الثلاث الفاسدة الاولى
منها ما ذكره بقوله وان كانت الارض والبقر لاحدهما والبذر والعمل للآخر بطلت
لان صاحب البذر يصير مستاجرا الارض والبقر بشيء معلوم من الخارج فتفسد
بخلاف ما لو كان صاحب البذر مستاجرا الارض فقط بشيء معلوم من الخارج
دون البقر فانه جائز كما تقدم هذا جواب ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجوز
ايضا لمكان العرف فيه قال في قاضيخان والفتوى على ظاهر الرواية لان
منفعة الارض لا تجانس منفعة البقر فان منفعة الارض انبات البذر لقوة
في طبعها ومنفعة البقر العمل فاذا لم يكن منفعة البقر من جنس منفعة
الارض لا يكون البقر تبعا للارض فيبقى استيجار البقر مقصودا بشيء من الخارج
وذلك فاسد كما لو كان البقر فقط والباقي للآخر وكذا اي بطلت لو كان
البذر والبقر لاحدهما والارض والعمل والات العمل للآخر او البذر لاحدهما
والباقي للآخر اما في هذه الصورة فلان البذر فقط اذا كان لاحدهما
يكون صاحب البذر مستاجرا الارض فلا بد من التخلية بينه وبين الارض
والارض بها في يد العامل اعني صاحب الارض لا في يد المستاجر اعني صاحب
البذر وهذا هو وجه الفساد في الصورة الثانية ايضا واعلم ان من
الصور الفاسدة ما اذا كان البقر فقط لاحدهما والباقي للآخر كما ذكرناه
في اثناء الشرح وبه صرح في قاضيخان والخلاصة ولم يذكره المص ثم هذه
الصور كلها اذا كان الارض لاحدهما والبذر لاحدهما فان كانت الارض لاحدهما
وشرطا ان يكون البذر منهما ان شرطا العمل على غير صاحب الارض وشرطا ان
يكون الخارج بينهما نصفين كانت فاسدة لان صاحب الارض يصير قائلا للعامل
ازرع ارضي ببذرك على ان يكون الخارج كله لي وازرع ارضي ببذري على ان يكون

الخارج كله لك كان فاسدا لان هذه مزارعة بجميع الخارج لشرط اعارة نصف الارض
من العامل وكذا لو شرطا ان يكون الخارج بينهما اثلاثا ثلثاه للعامل وثلثه
لصاحب الارض او على العكس كان فاسدا لان فيه اعارة الارض واذا فسدت
المزارعة كان الخارج بينهما على قدر بذرهما وسلم لصاحب الارض ما اخذه من
الخارج لانه نماء ملكه حصل في ارضه وله على الاخر اجر نصف الارض
لان الاخر استوفى منفعة ارضه بعقد فاسد وما اخذ من الخارج يطيب له
مقدار بذره ويدفع من الباقي اجر نصف الارض ولو كانت الارض لاحدهما
والبذر منهما وشرطا العمل عليهما على ان يكون الخارج بينهما نصفين جاز لان كل واحد
منهما عامل في نصف الارض ببذره فكانت هذه اعارة نصف الارض لا بشرط
العمل له فجاز بخلاف الاول كذا في قاضيخان وهذا كله من الصورة الفاسدة
والصحيح ما ذكره المص وما ذكره قاضيخان فيما اذا كان الارض لاحدهما واما
اذا كان الارض لهما ففيه تفصيل ذكره في قاضيخان ايضا حيث قال ولو كانت
الارض بينهما وشرطا ان يكون البذر والعمل من احدهما والخارج بينهما نصفان
لا يجوز لان من لا بذر منه يكون قائلا للاخر ازرع ارضي ببذرك على ان يكون
الخارج كله لك وازرع ارضي ببذرك على ان يكون الخارج كله لي فكان العقد
في حقه مزارعة بجميع الخارج فلا يجوز ولو كان البذر من الدافع والعمل على
الاخر والخارج بينهما نصفان لا يجوز ايضا وتفصيله في قاضيخان واذا صحت
المزارعة كما في الصور الثلاث المذكورة فالخارج على الشرط لان الالتزام
صحيح والمسلم على شروطه وان لم يخرج شئ فلا شئ للعامل لانها ان كانت اجارة
فالواجب في العقد الصحيح المسمى وهو معدوم ههنا وان كانت شركة فالشركة
في الخارج لا في غيره ولا خارج بخلاف ما اذا فسد العقد كما سيصرح به
ومن ابى عن المضي بعد العقد اجبر الا ابى البذر يعني اذا عقدت المزارعة عقدا
صحيحا فامتنع احدهما عن المضي فان كان الممتنع عن العمل هو الذي ليس من قبله
البذر اجبره الحاكم على العمل بموجب العقد لان الوفاء به ممكن بلا ضرر يلحقه فلزم
العقد كما يلزم في سائر الاجارات الا اذا كان امتناعه بعذر انفسخ به الاجارة

فينفسخ

637

فينفسخ به المزارعة وان كان الممتنع هو رب البذر فله ذلك لانه لا يتوصل الى الوفاء
بالعقد والمضي بموجبه الا باتلاف ماله وهو البذر وفيه ضرر يلزمه فلا يجبر
على ذلك كما اذا استاجر ليهدم داره ثم امتنع والاصل ههنا ان المزارعة لازمة
من قبل من لا بذر منه حتى لا يملك الفسخ الا بعذر وغير لازمة من قبل من
له بذر قبل القاء البذر في الارض حتى يملك الفسخ من غير عذر لان
فيه اتلاف ماله فلا يجبر عليه وان فسدت المزارعة فالخارج لرب البذر
لانه نماء ملكه وهو البذر وللاخر اجر مثل عمله او ارضه سواء اخرج الارض
شيئا او لم يخرج لان اجر المثل في الذمة والذمة لا تفوت بعدم الخارج ثم
ان كان البذر من قبل العامل فلرب الارض اجر مثل ارضه وان كان من قبل
رب الارض فللعامل اجر مثل عمله ولا يزاد اجر المثل على ما شرط في العقد
عند ابي ح وابي يوسف خلافا لمحمد قال له اجر مثل عمله بالغا ما بلغ لانه
استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها ولهما انه قد
رضي بسقوط الزيادة على المسمى ولزوم اجر مثل الارض على هذا الخلاف ايضا
قالا لا يزاد على ما شرط وقال محمد يزاد كذا في العناية وان فسدت
المزارعة لكون الارض والبقر فقط اي دون العمل والبذر لاحدهما لزم اجر
مثلهما هو الصحيح يعني لو كان الارض والبقر لاحدهما والباقي للاخر حتى فسدت
فسدت المزارعة لزم اجر مثل الارض والبقر على العامل وهو صاحب البذر
لان البقر له مدخل في المزارعة فينعقد المزارعة عليه فاسدا فيجب اجر مثل
قال محمد في الاصل وكما يجب اجر مثل الارض في المزارعة الفاسدة يجب
اجر مثل الارض ايضا وقال صاحب الخلاصة في اول المزارعة ومراده من
قوله يجب اجر مثل الارض والبقر انه يجب اجر مثل الارض مكروبة اما البقر
فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة انتهى فالمص اشار بقوله هو الصحيح الى رد ما
في الخلاصة ووجه الرد ما ذكرناه واذا فسدت المزارعة والبذر لرب
الارض فالخارج كله حل له اي لرب البذر وهو رب الارض لانه نماء ملكه
حصل في ارضه فيحل له وان كان البذر للعامل تصدق بما فضل عن قدر

بذره وأجرة الأرض وما أنفق عليه أيضا يعني يأخذ من الخارج قدر بذره وقدر
أجرة الأرض وقدر ما أنفق عليه ويعطي من المأخوذ أجرة الأرض ويتصدق
ما فضل من قدر البذر وأجرة الأرض والنفقة لأن الزيادة حصلت له من
أرض الغير بعقد فاسد فلا يطيب له وإذا فسدت المزارعة والبذر لأحدهما
والعمل والبقر والأرض للآخر فالخارج لصاحب البذر وللعامل أجر مثل عمله وبقره
وأرضه وإذا أبى رب البذر وهو رب الأرض عن المضي بموجب العقد وقد كرب
العامل الأرض فلا شيء له أي للعامل حكما أي قضاء لأن المأتي به مجرد المنفعة وهو
لا يتقوم إلا بالعقد والعقد قوّمه بجزء من الخارج وقد فات ذلك الجزء بالإباء
ويسترضي صاحب الأرض الذي البذر منه ديانة لأنه غرّه في الاستعمال
وتبطل المزارعة بموت أحدهما إذا عقدا لأنفسهما لأنها عقد فيه معنى الإجارة
فكما تبطل الإجارة بموت أحد العاقدين على ما مر في الإجارة فكذا تبطل
المزارعة أيضا قالوا هذا على إطلاقه هو جواب القياس وفي الاستحسان
إذا مات أحدهما وقد نبت الزرع يبقى عقد الإجارة حتى يستحصد ذلك
الزرع ثم يبطل العقد في الباقي من المدة لأن في إبقاء العقد إلى
الحصاد مراعاة الحقين فيعمل العامل أو ورثته على حاله فإذا حصد يقسم على
ما شرطا وبعد الحصاد لا ضرورة في الباقي فيبطل فلو مات رب
الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب الأرض وحفر الأنهار انتقضت المزارعة
لأنه ليس في ذلك إتلاف مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة عمله لأن
عمله إنما يتقوم بالعقد والعقد قوّمه بالخارج ولا خارج ههنا فلا يجب شيء
بخلاف المسألة الأولى فإنه يفتى فيها بالإرضاء لأنه غرّه على ما تقدم
ولم يوجد التغرير ههنا لأن الموت يأتي بلا صنع منه وتفسخ بالأعذار
كالإجارة الظاهر أنها قيد لكل من الموت والفسخ فإن الإجارة تبطل بالموت
وتفسخ بالأعذار كما تقدم فبين العذر بقوله فتفسخ أي المزارعة إن لزم
رب الأرض دين محوج إلى بيع الأرض قبل نبات الزرع لأن الدين عذر
كما في الإجارة فتفسخ وتباع للدين قبل النبات لا بعده ما لم يحصد لما ذكرنا

في المسألة الأولى من أن في إبقاء العقد بعد الزرع إلى الحصاد مراعاة الحقين
ما أمكن وفي البيع إبطال لحق المزارع من كل وجه ولا شيء للعامل لعمله إن
كان كرب الأرض أو حفر النهر لما ذكرناه في المسألة الأولى وإن تمت
مدتها أي مدة المزارعة قبل إدراك الزرع فعلى العامل أجر مثل حصته من
الأرض حتى يدرك الزرع لأن العقد قد انتهى بمضي المدة ولو قلع الزرع
لتضرر فأبقيناه بأجر المثل إلى الحصاد فيجب على غير صاحب الأرض حصته من
أجر المثل لأنه استوفى منفعة أرض الغير بدون عقد ونفقة الزرع عليهما
بقدر حصتهما لأن الخارج ملكهما فالمؤنة فيه عليهما كأجرة الحصاد والرفاع
والدوس كما تقدم وأيهما أنفق بغير إذن الآخر ولا أمر قاض فهو متبرع لأنه
لا ولاية له عليه ولا هو مضطر إلى ذلك لأنه يمكنه أن ينفق بأمر القاضي
فصار نظير ترميم الدار المشتركة وليس لرب الأرض أخذ الزرع بقلا لأن فيه
ضررا للمزارع وإن أراد المزارع ذلك أي الأخذ بقلا قيل لرب الأرض اقلع
الزرع ليكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع
في حصته دفعا للضرر عنه يعني إذا أراد المزارع ذلك فرب الأرض مخير
بين الخيارات الثلاث دفعا للضرر عنه ولو مات رب الأرض والزرع بقل
فعلى العامل العمل إلى أن يدرك استحسانا لبقاء العقد كما تقدم وإن مات
العامل فقال وارثه أنا أعمل إلى أن يستحصد فله ذلك لأنه قائم مقام مورثه
فله ذلك وفيه نظر أيضا وإن وصله إلى رب الأرض لأن فيه ضررا على الوارث
فلا يلتفت إليه وإن أبى الوارث عن العمل فلا يجبر على العمل لأنا أبقينا العقد
نظرا له وإذا ترك النظر لنفسه كان له ذلك

كتاب المساقاة

هي دفع الشجر ونحوه مما سيأتي ذكره إلى من يصلحه بجزء من ثمره هذا معناها
الشرعي وهي معناها اللغوي أيضا لأنها في لغة أهل المدينة هي المعاملة وهي
أي المساقاة كالمزارعة حكما قال في الخلاصة أما بيان حكم المزارعة فنقول
حكما ثبوت الملك في منفعة الأرض إذا كان البذر من جهة المزارع والشركة
في الخارج انتهى فقس عليه حكم المساقاة فما في شرح المجمع من أن المراد بالحكم

ههنا كون الفتوى على صحتها كما في المزارعة ليس بشيء وخلافا بين الحج وصاحبيه
كما في المزارعة وشروطها يعني شروط المساقاة عندهما هي شروط المزارعة
المذكورة فيما سبق الا المدة فانها اي المساقاة تصح بلا ذكرها اي ذكر المدة
يعني لا يشترط فيها بيان المدة استحسانا لان وقت ادراك الثمر معلوم وقيل
ما يتفاوت فيدخل فيه ما هو المتيقن بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف وانتهاؤه
يبتنى عليه فيدخل فيها الجهالة الفاحشة قال في الزيلعي وشروطها عندهما
شروط المزارعة في جميع ما ذكر الا في اربعة اشياء احدها اذا امتنع
احدهما يجبر عليه لانه لا ضرر عليه في المضي بخلاف المزارعة حيث لا يجبر
صاحب البذر اذا امتنع والثاني اذا انقضت المدة يترك بلا اجر ويعمل بلا اجر
وفي المزارعة باجر والثالث اذا استحق النخيل يرجع العامل باجر مثله
والمزارع بقيمة الزرع والرابع في بيان المدة فانه اذا لم يبين فيها المدة يجوز
استحسانا ولا يجوز المزارعة ولم يستثن المصنف الثلثة الاول من الشرط
لانه لم يعدها من شروط المزارعة وعلى ما ذكره الزيلعي ينبغي ان يستثنى هذه
ايضا وهو ما ذكره في الخلاصة حيث قال المعاملة لازمة من الجانبين
حتى لو اراد احدهما السفر ليس له الفسخ الا بعذر والمزارعة لازمة من
قبل من ليس له البذر قبل القاء البذر في الارض وتقع على اول ثمرة تخرج
في اول السنة لانه معلوم والتفاوت فيه قليل فيقع العقد عليه
بخلاف ما اذا دفع اليه غرسا نبت ولم يثمر بعد بطريق المساقاة حيث لا يجوز
الا ببيان المدة لانها تتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا
فلا يمكن صرفه الى اول ثمر يخرج منه وبخلاف ما اذا دفع اليه نخلا او اصول
رطبة على ان يقوم عليها حتى يذهب اصولها لانه لا يعرف متى ينقطع النخيل
والرطاب لان الرطبة تنمو ما دامت مركبة في الارض فتكون المدة مجهولة
فتفسد المساقاة وكذا تفسد اذا اطلق في الرطبة ولم يرد على قوله حتى
يذهب بخلاف ما اذا اطلق في النخيل فانه يجوز وينصرف الى اول ثمر يخرج
والفرق ان لادراك ثمر النخيل وقتا معلوما ولا يعرف في الرطبة اول جزء منه

لانه لا يعرف متى يخرج حتى لو كان معروفا جاز هذا ايضا لعدم الجهالة وفي الرطبة
تقع على ادراك بذرها البزر بالزاي المعجمة يختص بالبقول والرياحين على
المشهور في الاستعمال واما البذر بالذال المعجمة فهو المبذور في الارض
من الحبوب مطلقا وقال بعضهم هو يختص بالحنطة والشعير كذا في المصباح
وصورة المسئلة ههنا اذا دفع رطبة قد انتهى جزازها على ان يقوم المدفوع اليه
على حفظها وسقيها حتى يخرج بزرها على ما رزق الله في ذلك من بزره فهو
بيننا نصفان ولم يسميا وقتا له فهو جائز استحسانا للتعامل لان لادراك
البزر وقتا معلوما عند المزارعين والبزر يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة
في البزر بطريق المساقاة جائز فيكون الرطبة لصاحبها اذ لا اثر لعمل العامل
فيها والبزر على ما شرطا كثمر الشجر حتى لو شرطا بنصف الرطبة فسدت المساقاة
لاشتراطها الشركة فيما هو حاصل قبل المساقاة بدون عمل العامل كما في الشجر
الحاصل بدون عمل العامل لان الاصل في هذا الباب ان المعاملة متى عقدت
على ما هو في حد النمو والزيادة صحت واذا عقدت على ما تناهى عظمه وصار
بحال لا يزيد في نفسه بسبب عمل لا تصح حتى لو زرع ارضه ونبت الزرع الا انه
لم يتناه فدفع الى غيره معاملة حتى يبتنيه العامل ويسقيه ويحفظه يجوز وان
تناهى فدفع الارض مع الزرع المتناهي مزارعة بالنصف ليحفظه ويحصده لا يجوز
ويفسدها اي المساقاة ذكر مدة لا يخرج الثمر فيها كما افسد المزارعة ذكر مدة
لا يتمكن فيها الزراعة وانما فسد هذا لانه فات الشركة بينهما في الخارج وان احتمل
خروجها في المدة المذكورة وعدمه جازت موقوفا عليها في الخلاصة فانه
قال وان كانت مدة يخرج الثمر فيها وقد لا يخرج فالمعاملة موقوفة فان خرج
الثمر فيها اي في المدة المضروبة فعلى الشرط اي صحت المعاملة على ما شرطا وان
تاخر عنها اي عن المدة المضروبة فسدت لفوات الشركة في الخارج في المدة
المضروبة اطلق المسئلة وهي مقيدة لما في الخلاصة وهذا اذا اخرجت شيئا في
المدة المضروبة ما يرغب في مثله في المعاملة وان اخرجت شيئا لا يرغب في
مثله في المعاملة لا تجوز المعاملة وان لم يخرج النخيل شيئا في تلك المدة ينظر

ان اخرجت بعد مضي تلك المدة في تلك السنة فالمعاملة فاسدة وان لم يخرج في
تلك السنة لعلة حدثت بها فالمعاملة جائزة انتهى فظهر منه ان قوله فان خرج بها فعلى
الشرط ليس على اطلاقه وللعامل اجر مثله اي اذا فسدت المعاملة فللعامل اجر
مثل عمله لانها في معنى الاجارة كالمزارعة وكذا كل موضع فسدت المعاملة فيه
اي في موضع يعني للعامل اجر مثل عمله لما ذكرناه وان لم يخرج شيء من الثمر لا في
المدة المضروبة ولا بعدها فلا شيء له اي للعامل لان العقد باق على الصحة كما ذكرناه
من الخلاصة فلا يلزمه اجر المثل ولم يوجد الخارج فلا شيء له اصلا وتصح المساقاة
في النخل والكرم والشجر والرطاب واصول الباذنجان لاطلاق الاثر الوارد في
هذا الباب فاذا صحت المعاملة في هذه الاشياء فلو دفع الى رجل نخلا معاملة بالنصف
فيه طلع ولم يسم وقتا او دفعه بعد ما صار بسرا اخضر او احمر غير انه لم تنته عظمه
جازت المعاملة لانه في الزيادة بعد وقد تقرر ان المعاملة متى عقدت على ما هو
في حد النمو والزيادة صحت واذا عقدت على ما تناهى عظمه وصار بحيث لا يزيد في
نفسه بسبب عمل العامل لا تصح المعاملة لان في الاول يحتاج الى عمل العامل ونهايته
معلومة فصحت وفي الثاني لم يحتج الى عمله فلم تصح فاذا عمل فيه كان له اجر مثله
ولو دفع الى رجل غراس نخل او شجر او كرم وقد علق في الارض ولم يبلغ الثمر على ان يقوم
عليه ويسقيه ويلقح النخل فما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان كانت فاسدة واذا
لم يسم مدة معلومة لان الكرم والنخل والشجر يتفاوت باختلاف قوة الارض
وضعفها لا يدرى كم يحمل النخل والشجر والكرم فان بينا لذلك وقتا صح والا فلا ولو
دفع اصول رطبة في ارض معاملة ولم يسم الوقت يكون فاسدا لان الرطبة ليس
لها نهاية ينتهي اليها بل ما كان في الارض ينمو ساعة فساعة على مرور الزمان
فان كانت رطبة لنباتها غاية ينتهي اليها ثم تقطع ثم تخرج بعد ذلك جازت المعاملة
من غير بيان الوقت وتكون المعاملة على اول جزة تكون كذا في قاضيخان وفي
تخصيص الرطبة واصول الباذنجان بالذكر اشارة الى انها من انواع الشجر لان الشجر اسم
لما له ساق ولها ساق ثم اذا صحت المعاملة في هذه الاشجار فان كان في الشجر
ثمر ان كان يزيد بالعمل اي بعمل العامل صحت المساقاة والا اي وان لم يكن فيه ثمر كذلك

فلا

فلا تصح المعاملة لما ذكرناه من ان الاصل في المعاملة ان تنعقد على ما هو في حد
النمو والزيادة حتى اثر فيه عمل العامل فكذا في المزارعة لو دفع ارضا مزارعة فيها
بقل يعني ان كان البقل يزيد بعمل المزارع صحت المزارعة والا بان يستحصد الزرع
فلا لما ذكرناه ايضا وما اي عمل يكون قبل الادراك اي ادراك الثمر في المعاملة
كالسقي اي سقي الشجر والتلقيح وفي المصباح لقحت النخل تلقيحا بمعنى ابرت واللقاح
اسم لما يلقح به والحفظ فعلى العامل لانها من اعمال المعاملة فيكون على العامل وما اي
عمل يكون بعده اي بعد الادراك كالجذاذ اي قطع الاثمار والحفظ فعليهما لانه بعد
الادراك ليس من اعمال المعاملة ولو شرط ما يكون بعد الادراك على العامل
فسدت اتفاقا بخلاف المزارعة فان فيها خلاف ابي يوسف على ما تقدم وتبطل
المساقاة بموت احدهما لانها في معنى الاجارة فكما بطلت الاجارة بطل ما كان
بمعناها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان
يقوم عليه قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا
فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير
ورثة الآخر بين ان يقسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من
البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من
الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد تقدم نظيره في المزارعة ولو مات
العامل فلورثته ان يقوم عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين
فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة
التي تقدمت وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافه في حق
مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وارثه في الخيار
حتى يرد عليه ان الخيار لا يورث فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار
في ذلك لورثة رب الارض واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر
فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر
لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك
العمل كله على العامل هنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض

بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وهنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق
قبل انتهائها كذا في الهداية اذا عرفت هذا فلنات شرح الكتاب فان كان خاما
اى بسرا عند الموت اى موت رب الارض او العامل او تمام المدة اى مدة المعاملة
يقوم العامل عند موت رب الارض وتمام المدة او ورثته اى وارث العامل عند موت
العامل عليه اى على العمل وان صلبه الى الدافع اى رب الارض او ورثته اى ورثة
الدافع عند موت الدافع فان كان العامل عند موت رب الارض او وارثه اى وارث
العامل عند موت العامل صرمه اى قطعه بسرا خير الاخر اى رب الارض عند موت
العامل او وارثه عند موت رب الارض بين ان يقسموه اى البسر على الشرط او يدفعوا
قيمة نصيبه من البسر او ينفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بذلك اى بما انفقوا في
حصة الاخر من الثمر كذا في الهداية على ما ذكرناه من قبل واستشكله الزيلعي وقال
وفي رجوعهم في حصته اشكال وكان ينبغي ان يرجعوا عليه بجميعه لان العامل
انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا لو اختار المضي او لم يمت صاحبه كان
العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي الى ان العمل يجب عليهما حتى
يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في
بعض المساقات وهذا الاشكال وارد في المزارعة ايضا انتهى ولهذا الاشكال
اطلق المص قوله ويرجعوا ولم يقيد بحصة الاخر هذا كله في موت احدهما وان
ماتا جميعا فالخيارات الثلاث لورثة العامل وان ابوا فلورثة رب الارض على ما ذكرنا من
قبل كما في المزارعة وقد تقدم في المزارعة وقد تقدم ايضا ان العامل في
المزارعة يقوم باجره في المعاملة لا باجر لعدم صحة استيجار الاشجار وصحة
استيجار الارض ولا تفسخ المساقات بلا عذر لانها عقد لازم من الجانبين فلا بد لفسخه
من العذر ومرض العامل اذا عجز عن العمل عذر وكذا كونه سارقا يخاف منه على الثمر
او السعف وهو اغصان النخل ما دامت بالخوص فاذا زال الخوص عنها قيل جريد كذا في
المصباح الخوص هو ورق النخل ولو دفع فضاء الفضاء بالمد هو المكان الواسع مدة
معلومة اى سنين معلومة لمن يغرس ليكون الارض والشجر بينهما لا يصح لاشتراط الشركة
فيما كان موجودا قبل الشركة لا بعمله وهي الارض ولانه استاجر اجيرا ليجعل ارضه بستانا

بالآلات

بالآلات الاجير على ان يكون اجرته نصف البستان الذي يظهر بعمله فيفسد كما اذا استاجر
صباغا ليصبغ له ثوبا بصبغ نفسه على ان له نصف المصبوغ والشجر لرب الارض
وللغارس قيمة غرسه وعمله لان العقد في الشجر لما كان فاسدا وقد غرسه العامل
بامره في ارضه صار كان صاحب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا
للغرس باتصاله بارضه مستهلكا له بالعلوق فيها فيجب عليه قيمة الاشجار لاستهلاكه
واجر مثل عمله لانه فعله بامره وقد فسد العقد فلا يلزم المسمى فيبقى اجر المثل مستحقا له

كتاب الذبائح

جمع ذبيحة الذبيحة اسم ما يذبح واما قولهم اذا ذبحتم فلحسنوا
الذبيحة فخطاء والصواب الذبحة كذا في المغرب واما صفة ما يذبح هو الذبح
والمذبوح والذبح قطع الاوداج جمع الودج بفتح الدال وكسرها مثل سبب واسباب
عرق في المذبح الذي يقطعه الذابح قال في الزيلعي والمراد بالاوداج هنا هو
الحلقوم والمرئ والودجان وانما عبر عنه بالاوداج تغليبا انتهى وهذا لان المراد
بيان الذبح الشرعي الذي يحل به اكل المذبوح وذلك يحصل بما ذكر على ما سيأتي
بيانه واعلم ان الذبح على نوعين اختياري واضطراري فالاول كالجرح فيما بين الحلق
واللبة كاسباغ والثاني هو الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل
عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا اية البدلية وهذا لان
الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول
اذ التكليف بحسب الوسع كذا في الهداية وسياتي تفصيله ثم لما كان من شرط
حل اكل الذبيحة كون الذابح صاحب ملة التوحيد اعتقادا او دعوى اشار الى ذلك
بقوله وتحل ذبيحة مسلم وهو صاحب ملة التوحيد اعتقادا وكتابي ذمي او حربي
وهو صاحب ملة التوحيد ادعاء لكن يشترط فيه ان لا يذكر غير اسم الله تعالى حتى لو ذكر
المسيح او عزير لا يحل وشرط في حق الصيد امر اخر وهو ان يكون الذابح حلالا
خارج الحرم ولو صبية او امراة او صبيا او مجنونا يعقلان التسمية والذبيحة على ما
في الهداية او كون الحل بالتسمية على ما في الكرماني وفسر بعضهم المجنون بالمعتوه
وعلله بان المجنون لا قصد له ولا بد من القصد في الحل لان التسمية شرط
بالنص وهي بالقصد ولا قصد في المجنون قلت المراد بالقصد هنا هو قصد التسمية

عند الذبح لا مطلق القصد وهو متصور من المجنون قال في الهداية ويحل اذا كان الذابح
يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امراة اما اذا كان
لا يضبطه ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل انتهى وفسر في العناية قوله ويضبطه
بان يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والحلقوم وفسره في شرح النقاية
بان يقدر على قطع الاوداج فعلى تفسير العناية وجه ترك المصنف قيد الضبط ظاهر
لان قوله يعقلان يغني عن ذكره او اخرس لانه معذور في ترك التسمية فيقوم
ملة التوحيد مقامه كالناسي بل اولى كذا قالوا وفي البزازية تحريك الشفتين في
حق الاخرس كالذكر او اقلف اي من لم يختن احترز به عن قول ابن عباس ان ذبيحة
الاقلف وشهادته لا يجوز لا ذبيحة وثني لانه مشرك لا كتاب ولا ملة له فانعدم
التوحيد اعتقادا وادعاء فانعدم شرط الحل او مجوسي لما ذكرناه ولقوله عم
سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا اكلي ذبائحهم او مرتد لانه ترك
ما كان عليه من الدين ولا يقر على ما انتقل اليه وان ارتد الى دين اهل الكتاب
فلا ملة له ايضا بخلاف اليهودي اذا تنصر او بالعكس او تنصر المجوسي او تهود فانه
يقر على ما انتقل اليه من الملة عندنا فيعتبر ما هو عليه بعد الانتقال عند
الذبح فكان له ملة حتى لو تمجس اليهودي او النصراني لا يحل ذبيحته والمتولد بين
الكتابي والمشرك يعتبر بالكتابي لا بالمشرك لانه يعتبر بالاخف او تارك التسمية عمدا
لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولقوله عم لعدي اذا ارسلت
كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل الحديث والمسلم والكتابي فيه سواء
على ما في الزيلعي والهداية وذبيحة الصابي تحل عند ح لكنه مكروه وقال
ابو يوسف ومحمد لا تحل وذكر الكرخي لا خلاف بينهم في الحقيقة وانما اختلفوا
لانهم صنفان صنف منهم يقرون بنبوة عيسى ويقرون الزبور فهم صنف من النصارى
وصنف منهم ينكرون النبوة والكتب اصلا ويعبدون الشمس فهم كعبدة الاوثان
لا يؤكل صيدهم ولا تحل ذبيحتهم فان تركها ناسيا حل لانه معذور لقوله عم
رفع عن امتي الخطاء والنسيان وهو مذهب علي وابن عباس وقال ابن عمر انه يحرم
كتارك التسمية عمدا وبه اخذ مالك وعلى هذا الخلاف حملوا الخلاف بيننا وبين الشافعي

من ان ذبيحة تارك التسمية عمدا حلال عنده لان حرمة ذبيحة تارك التسمية عمدا مما
اجمع عليه السلف والقول بحله خرق للاجماع فكيف يتصور عن الشافعي ولهذا قال
ان متروك التسمية عمدا لا يسوغ فيها الاجتهاد حتى لو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ
قضاؤه لكونه مخالفا للاجماع ثم التسمية في ذكاة الاختيار يشترط عند
الذبح قاصدا التسمية على الذبيحة ولو سمى ولم تحضره النية صح لانه اتى بالتسمية
وظاهر حاله يدل على انه قصد بها التسمية على الذبيحة فيقع عنها ولو سمى واراد به
التسمية لابتداء الفعل كسائر الافعال لا يحل كما لو قال الله اكبر واراد به متابعة
المؤذن لا يصير به شارعا في الصلوة ويشترط عند الذبح لقوله تعالى
فاذكروا اسم الله عليها صواف وهي حالة النحر والمعتبر ان يذبح عقيب التسمية
قبل ان يتبدل المجلس حتى لو تبدل المجلس بفعل عمل كثير لا يحل وفي الصيد يشترط
عند الارسال والرمي لان المقدور له في الصيد هو الارسال والرمي
كما في ذكاة الاختيار الذبح فيشترط عند فعل يقدر عليه وكره ولا يحرم
به الذبيحة ان يذكر مع اسم الله غيره وصلا دون عطف مثل ان يقول بسم الله
محمد رسول الله بالرفع لان الشركة لم توجد لان محمد رسول الله لم يذكر على
سبيل العطف فيكون مبتدا فلا يكون الذبح واقعا له فلا تحرم الذبيحة الا
انه يكره لوجود الوصل صورة بخلاف ما قاله بالخفض فانه لا يحل على ما ذكره
في الزيلعي والنوازل واعلم ان مسئلة ذكر غير اسم الله مع اسم الله عند
الذبح على ثلثة اوجه على ما ذكره في الجامع الصغير منها ما يكره ولا يحرم
ومنها ما يحرم ومنها ما لا يحرم ولا يكره فالاول هذه ومن هذا الوجه ما ذكره
بقوله وان يقول بسم الله اللهم تقبل من فلان لان الشركة لم توجد فيه ايضا
ولكنه مكروه لوجود الوصل صورة واشار الى ما لا يحرم ولا يكره بقوله فان
قاله اي اللهم تقبل من فلان مثلا قبل الاضجاع او قبل التسمية او بعد الذبح
لا يكره لانه عم قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد شهد لك بالوحدانية
ولي بالبلاغ وروي ايضا انه عم كان يقول اذا اراد ان يذبح اللهم هذا ولك
صلوتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت

وانا من المسلمين بسم الله اكبر ثم ذبح واشار الى ما يحرم بقوله وان عطف غيره على اسم
الله حرمت الذبيحة نحو بسم الله وفلان بالجر او بسم الله واسم فلان او بسم الله
رسول الله بالجر فانه يحرم في كلها لوجود الشركة مع الغير لانه اهل به لغير الله تعالى
وقد قال الله تعالى وما اهل به لغير الله اى عد من المحرمات واشار بقوله بالجر
الى انه لو رفع المعطوف على اسم الله يحل لانه مبتدأ واختلفوا في نصب المعطوف
قيل لا يحل كما في الجر وقيل يحل لكنه يكره لوجود الوصل صورة وكذا في الرفع
مكروه لذلك وقال في التمرتاشي لو قال بسم الله ومحمد رسول الله بالجر يكره ولعل
مراده بالكراهة كراهة تحريم وقال في الخلاصة قال بسم الله صلى الله على محمد
تحل والاولى ان لا تفعل وكذا لو قال بسم الله وصلى الله على محمد يحل ولو قال
بسم الله باسم فلان قال ابو بكر الاسكاف يجوز مطلقا ولم يظهر الهاء في بسم الله
ان قصد ذكر اسم الله تحل وان لم يقصد وقصد ترك الهاء لا تحل وكذا اى حرمت
ان اضجع شاة وسمى لها وذبح غيرها اى غير تلك الشاة بتلك التسمية وبالسكين
الذى كان في يده عند التسمية على ما في الزيلعي ويدل عليه ايضا قوله وان
ذبحها اى الشاة الاولى التى وقع عليها التسمية بشفرة اى بسكين اخرى اى لم يكن
في يده عند التسمية يعنى لو اضجع شاة وسمى فطرح السكين واخذ سكينا اخر
فذبحها به حلت والفرق بينهما على ما ذكره في الزيلعي ان التسمية في الاولى
تعلقت بالسكين وفي الثانية بالمذبوح قال في الخلاصة ولو ذبح تلك الشاة
اى الشاة الاولى ثم ذبح بعدها شاة اخرى يظن ان تلك التسمية تكفي لا تحل
ولو نظر الى قطيع من الغنم فاخذ السكين وسمى ثم اخذ شاة وذبحها بتلك التسمية
لا يحل وان رمى الى الصيد وبيان احوال الصيد يأتى في كتاب الصيد وسمى
عند الرمى فاصاب المرمى من السهم او البندقة غيره اى غير المرمى اليه اكل اى
حل اكله لان المشروط في الصيد هو التسمية عند رمى الالة الجارحة او ارسالها
لان التكليف بحسب الوسع وما في وسعه هو الرمى والارسال دون الاصابة
فشرط التسمية عند فعل يقدر عليه وهى تقع على الالة كما انها تقع على الذبيحة
في المذبوح لان المقدور هو الذبح فشرط التسمية عند الذبح فتقع على المذبوح

وان سمى على سهم وترك ذلك السهم واخذ غيره ورمى بغيره اى بغير السهم المسمى عليه لا يؤكل
لان التسمية في الصيد تقع على الالة لا على المذبوح ولما ترك السهم الذى وسمى
عليه واخذ سهما اخر ورمى بذلك الاخر صار كانه لم يسم اصلا والارسال الى
الصيد كالرمى في اشتراط التسمية عنده لا عند الاخذ والاصابة اذ لا قدرة
له عليه حتى لو ارسل كلبه المعلم او البازى المعلم الى الصيد وسمى عند الارسال
فترك الكلب او البازى ذلك الصيد فاخذ غيره حلت لتعلق التسمية بالكلب
والبازى بخلاف ما لو سمى على كلب او باز وترك ذلك الكلب والبازى وارسل
غيره لا يحل لما ذكرناه والشرط اى شرط التسمية الذكر الخالص اى المجرد عن ذكر
الدعاء لقوله لابن مسعود جردوا التسمية عن الدعاء فلو قال عند الذبح
اللهم اغفر لى لا يحل لانه محض دعاء وبالحمد لله وسبحان الله يحل مريدا به التسمية
لانه يكون تسمية على الذبح فيحل لا اى لا يحل لو عطس عند الذبح محمد له اى
للعطس بان قال الحمد لله لانه يريد به الحمد على النعمة دون التسمية وقيل يحل
والاول اصح على ما في الهداية والزيلعي قال وفي الزيلعي وما تداولته الالسن
عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن النبى عم وعن على وابن
عباس مثله قاله ابن عباس في تفسير قوله فاذكروا اسم الله عليها صواف
وذكر الحلوانى ان المستحب ان يقول بسم الله الله اكبر بلا واو ويكره لانه
يقطع فور التسمية انتهى ثم السنة له اى للذبح نحر الابل في المصباح النحر
موضع القلادة من الصدر انتهى والمراد به هنا المعنى المصدرى اى قطع العروق
في اسفل العنق عند الصدر وعليها فسره الامام قاضيخان وذبح البقر والغنم
وسيأتى تفسير الذبح في الكتاب ويكره العكس وجعل ما وجد السنة فيها
فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق في المنحر في الابل وفي
المذبح في البقر والغنم واما الكراهة في العكس فلمخالفة السنة لكنه لما كان
لمعنى في غيره لم يمنع الجواز والحل ولا بأس باكل الجزور اذا ذبح ذبحا ولم ينحر
والشاة والبقر اذا نحرا ولم يذبحا ويكره ذلك وفي بعض النسخ لا يستحب
كذا في الخلاصة قوله ولا يستحب يشعر بان المراد بالكراهة هى التنزيهية

والذبح شروع في بيان محل الذبح الاختياري بين الحلق قال في المصباح الحلق من
الحيوان جمعه حلوق مثل فلس وفلوس والحلقوم هو الحلق ميمه زائدة والحلقوم
بعد الفم وهو موضع النفس وفيه شعب تتشعب منه وهو مجرى الطعام والشراب
انتهى واللبة هو بفتح اللام والباء المشددة المنحر وهو راس الصدر اي موضع
القلادة واعلم ان موضع الذبح الاختياري على ما ذكره القدوري والكنز والنقاية
والملتقى هو بين الحلق واللبة اي ما بين الحلقوم والمنحر قال في الزيلعي وفي
الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله اعلاه واوسطه واسفله والاصل
فيه ما روي انه عم بعث مناديا ينادي في فجاج منى الا ان الذكاة في الحلق
رواه الدارقطني ولانه مجمع مجرى النفس ومجرى الطعام ومجمع العروق فيحصل
بقطعه المقصود على ابلغ الوجوه وهو انهار الدم والتقييد بالحلق واللبة يفيد انه
لو ذبح اعلاه من الحلقوم يحرم لانه ذبح في غير المذبوح على ما ذكره في
الواقعات وفتاوى سمرقند وذكر في النهاية ما يخالف مقتضى هذا التقييد عن
الامام الرستغفني فانه قال سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي
الصدر كان يجب ان تبقى مما يلي الراس ايؤكل ام لا قال هذا قول العوام من الناس
وليس هذا بمعتبر ويجوز اكلها سواء بقيت العقدة مما يلي الراس او مما يلي الصدر لان
المعتبر عندنا قطع اكثر الاوداج وقد وجد ثم حكى ان شيخه كان يفتي به وهذا
مشكل فانه لم يوجد فيه قطع الحلقوم ولا المريء واصحابنا وان اشترطوا قطع الاكثر
فلا بد من قطع احدهما عند الكل واذا لم يبق شيء من عقدة الحلقوم مما يلي الراس
لم يحصل قطع واحد منها فلا يؤكل بالاجماع الى هنا كلام الزيلعي اقول ما ذكره
صاحب النهاية عن الامام الرستغفني توافق لفظ الحديث الذي رواه الدارقطني
لانه يقتضي جواز الذبح في الحلق مطلقا وان كان قبل العقدة فوق الحلقوم
ويؤيده ايضا ما روي انه عم قال الذكاة ما بين اللبة واللحيين فانه ايضا
يقتضي جواز الذبح فوق الحلقوم قبل العقدة لانه وان وقع قبل العقدة فهو بين
اللبة واللحيين وكذا رواية الجامع الصغير كما ذكرناه عن الزيلعي فانه اذا ذبح في
اعلى الحلقوم لا بد ان يقع العقدة تحت على ما صرح به في البزازية وبه ايضا

اخذ في المبسوط حيث قال فيه الذكاة بين اللبة واللحيين لكنه قال في
الذخيرة ان الذبح اذا وقع اعلى من الحلقوم لا يحل وهذا يؤيد ما ذكره الامام
الزيلعي والذي اختاره المصنف هو الذي ذكره صاحب النهاية عن الامام الرستغفني
على ما سيظهر لك اعلى الحلق او اسفله او وسطه هذا على رواية الجامع الصغير
فانه قال فيه لا باس بالذبح في الحلق كله اعلاه واوسطه واسفله وما ذكره
اولا من قوله بين الحلق واللبة رواية القدوري واختاره كثير وانما اخر المصنف
رواية الجامع الصغير بعد رواية القدوري لان في رواية الجامع بيانا ليس
في رواية القدوري لان في رواية القدوري الذبح بين الحلق واللبة وليس
بينهما مذبح غيرهما فيحمل على ما يدل عليه رواية الجامع الصغير من ان الذبح يجوز
في اعلى الحلق واوسطه واسفله وان بقيت عقدة الحلقوم من طرف الصدر
لانه اذا ذبح في اعلى الحلق لا بد ان يبقى العقدة من تحت بالضرورة كما ذكرنا
ويساعده ايضا لفظ الحديث والمبسوط على ما ذكرناه وقيل لا يجوز الذبح
الاختياري فوق العقدة وانما ضعفه لمخالفته لفظ الحديث ورواية الجامع الصغير
والمبسوط والامام الرستغفني لكنه يشكل بما ذكره الزيلعي من انه اذا لم يبق عقد
الحلقوم مما يلي الراس لا يؤكل بالاجماع والعروق التي تقطع في الذكاة الحلقوم
قال في المصباح بعد الفم وهو موضع النفس ومجرى الطعام والشراب وفي
المغرب انه مجرى النفس والمريء قال في المصباح المريء وزان كريم راس المعدة
والكرش اللازم للحلقوم يجري فيه الطعام والشراب ومنه يدخل في المعدة
وهو مهموز وهكذا في المغرب ايضا والودجان قال في المصباح الودج بفتح
الدال وكسرها عرق في العنق يقطعه الذابح فلا يبقى معه حيوة ثم قال
والودجان عرقان غليظان يكتنفان ثغرة النحر يمينا ويسارا والجمع اوداج
فكانت العروق التي يلزم قطعها في الذبح اربعة ثم اختلفوا في اشتراط ما
يقطع من هذه الاربعة واليه اشار بقوله ويكفي قطع ثلثة منها اي من هذه الاربعة
ايا كانت اي سواء كانت الحلقوم والمريء واحد الودجين او المريء والودجان
او الحلقوم والودجان هذا قول الامام وهو قول ابي يوسف ايضا اولا وعند محمد

لابد من قطع اكثر كل واحد منها اى هذه الاربعة وهو رواية عن الامام ابح وقال في الزيلعي اجمعوا انه يكتفي بقطع الاكثر من هذه العروق الاربعة لان الاكثر تقوم مقام الكل غير ان محمدا اعتبر اكثر كل واحد من هذه الاربعة وهو رواية عن ابح لان كل واحد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها انتهى وعند ابي يوسف لابد من قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين وقيل محمد معه ووجهه ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم لانهما مجرى الدم فينوب احدهما عن الآخر في القطع فلا حاجة الى قطعهما معا ووجه ابح ان الاكثر منها يقوم مقام الكل واى ثلاثة منها قطع قطع الاكثر والمقصود يحصل به وهو انهار الدم المسفوح فلا حاجة الى اشتراط قطع المعين منها وهنا ثلثة اقوال قول ابح وقول ابي يوسف وهنا وجه رابع وهو قطع الاربعة جميعا وهو قول مالك وقول خامس وهو قول الشافعي وهو الاكتفاء بقطع الحلقوم والمرئ واحتج بقوله عم افر الاوداج بما شئت بانه جمع الاوداج وما ثمة الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به ذهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرئ لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما قلنا ان لفظ الاوداج لا دلالة له على الحلقوم والمرئ اصلا فكيف يصح الاكتفاء بهما ولان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجرى الدم وهو الودجان لا الحلقوم والمرئ وانما الحلقوم مجرى النفس والمرئ مجرى الطعام والشراب فحملنا الاوداج على العروق الاربعة كلها تغليبا للودجين على الباقيين واكتفينا بالاكثر لما ذكرناه ويجوز الذبح بكل ما افرى الاوداج اى قطعها وانهر الدم اى اجراها فلو ذبح في مذبحه ولم يسل الدم اختلفوا فيه قال الصفار لا يحل وقال الاسكاف يحل وفي النوازل ان تحركت بعد الذبح وخرج دم مسفوح يحل وان تحركت ولم يخرج او بعكسه يحل ايضا وان عدمتا لا يحل وهذا اذا لم يعلم حيوتها وقت الذبح فان علم حل تحركت او لا خرج الدم او لا كذا في البزازية وفي شرح الطحاوي خروج الدم لا يدل على الحيوة الا اذا كان يخرج كما يخرج من الحي ولو وصلية مروة بكسر الميم الحجر الذي فيه حدة او ليطة قشر القصب او سنا او ظفرا منزوعين عن محالهما لا بالقائمين في محالهما وكذا يجوز

الذبح بقرن منزوع لا بالقائم قال في الهداية يجوز الذبح بهذه الثلثة منزوعين الا انه مكروه وقال الشافعي المذبوح بها ميتة لقوله عم كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكوة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عم انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وهو باطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع وغيره الا انا تركنا غير المنزوع بما رواه الشافعي فان فيه دلالة على ذلك وهو لفظ فانهما مدى الحبشة فانهم لا يقلمون الاظفار ويحدون الاسنان ويقاتلون بالخدش والعض ولانا نقول ان انهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع فان كل واحد منها آلة جارحة يحصل بها المقصود وهو اخراج الدم النجس فصار كالليطة والحجر والحديد والسكين الكليل بخلاف غير المنزوع فانه تقتل وتخنق بالثقل لا بالحد وانما يكره لان فيه زيادة الالم للمذبوح وقد نهينا عنه وندب احداد الشفرة اى السكين قبل الاضجاع لما رواه مسلم وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته وكره بعده لما روى انه عم راى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا احددتها قبل ان تضجعها وكذا اى كره جرها برجلها الى المذبح لما فيه من زيادة التعذيب والنخع وهو ان يصل السكين الى النخاع وهو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة وانما كره ذلك لنهيه عم عن نخع الشاة اذا ذبحت وقيل المراد بالنخع ان يمد راسها حتى يظهر مذبحها وقيل ان يكسر رقبتها قبل ان تسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وقطع الراس والسلخ قبل ان تبرد لما فيهما من زيادة الالم والذبح من القفاء لما ذكرناه ايضا ولا باس في الاكل في كل منها لان الكراهة فيها لمعنى زائد وهو زيادة الالم للمذبوح فلا يوجب حرمة الاكل ويحل الاكل ان بقيت المذبوحة حية حتى قطعت العروق اى ان ذبح من القفاء فبقيت حية حتى قطع العروق فحل الاكل لتحقق الموت لما هو ذكوة لكنه يكره لزيادة الالم من غير حاجة والا اى وان لم تبق حية قبل قطع العروق بل ماتت فلا يؤكل لوجود الموت بما ليس بذكوة فيها قال في البزازية ذبح شاة مريضة ولم يتحرك

الا فيها ان فيهما لا يوكل وان ضمها يوكل وكذا العين وفي الرجل اذا قبضها
يوكل وان مدها لا يوكل وفي الشعر ان نام لا وان قام يوكل هذا اذا لم يعلم
حيوتها وقت الذبح مرضت الشاة وبقي من الحيوة ما يبقى في المذبوح بعد
الذبح او الذئب قطع بطن شاة وبقي من الحيوة ما يبقى في المذبوح عندهما
لا يقبل الذكوة حتى لو ذكاه لا يحل والاصح عند الامام انها تقبل الذكوة حتى
لو ذكاها يحل وعليه الفتوى الكلب المعلم اخذ صيدا وبقي فيها ما يبقى في
المذبوح او رمى الى صيد وبقي فيه من الحيوة ما ذكرناه لا تقبل الذكوة لو وجد
ولو لم يذكه يحل ولزم ذبح صيد استانس كالظبي اذا تألف في البيت فانه
يذبح لان ذكوة الاضطرار لا يصار اليه الا عند العجز عن ذكوة الاختيار ولا
عجز فيما استانس من الصيد فيذبح ولا يكتفي بالجرح الا اذا توحش بعد الاستيناس
وجاز اي يكفي جرح نعم كالغنم والبقر والابل والظبي والدجاجة وهو بفتحتين
توحش اي صار وحشيا بان صار من اهله وخرج من اهله الى البادية
وان يكتفي فيها بالجرح لان ذكوة الاختيار تعذرت بالتوحش فيصار الى ذكوة
الاضطرار وهو الجرح في اي موضع كان او تردى اي النعم اي سقط في بئر اذ لم يمكن
ذبحه فانه يكتفي بالجرح لتعذر الذبح ولا يحل الجنين وهو الولد الذي وجد في
بطن امه من شاة او بقرة او ناقة او غيرها بذكوة امه اشعر اولا اي نبت
شعره اولا وقالا يحل بذكوة امه ان تم خلقه وبه قال الشافعي ومالك
لقوله عم ذكوة الجنين ذكوة امه ولا بي ح ان لفظة ذكوة امه منصوب بنزع
الخافض وهو للتشبيه لان ذبح الام ليس بسبب لخروج الدم من الجنين بل لبل
انه يتصور بقاؤه بعد موت الام وبه قال زفر وحسن بن زياد وقال في
الزيلعي عزوا الى النهاية ان بقرة لو تعسرت عليها الولادة فادخل صاحبها يده
فرجها وذبح الولد حل له اكله وان اخرجه في غير موضع الذبح ان كان
لا يقدر على مذبحه يحل ايضا وان كان يقدر لا يحل قال في البزازية شق بطن
شاة واخرج ولدها وذبح الولد ثم الشاة ان كانت الشاة لا يعيش من الشق
لا يحل والا يحل فصل ويحرم اكل كل ذي ناب اي السن او مخلب اي الظفر

من سبع او طير اي يحرم اكل كل حيوان يصيد بالسن او بالظفر وانما قلنا يصيد احترازا
عن البعير والنعامة فان لهما نابا ومخلبا والاصل فيه ما روى عن ابن عباس
انه عم نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير رواه مسلم
وابو داود والسباع جمع سبع وهو كل مختطف منتهب جارح عاد قاتل عادة
كذا في الزيلعي ظاهره ان الاختطاف والانتهاب من فعل سباع البهائم
لكن قال في العناية ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع
البهائم وهكذا في المبسوط هذا لان طبيعة السباع من البهائم والطيور
مذمومة شرعا فيخشى ان يتولد من لحمها شئ من طباعها فيحرم اكراما لبني ادم
ولو وصلية ضبعا لانه من السباع وهو حيوان معروف او ثعلبا لانه ذو ناب
او الحمر الاهلية لما رواه البخاري ومسلم عن ابي ثعلبة انه قال حرم رسول الله عم
لحوم الحمر الاهلية وذهب بشر المريسي الى اباحته ونقل ذلك مستدلا بما
روي عن عايشة انها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي
الي محرما الاية وبحديث غالب بن الجر قال لرسول الله عم لم يبق من مالي الا
حميرات فقال عم كل من سمين مالك واستدلالا بحل اكل الحمر الوحشي قلنا الاية
على ما قيل حرمة لحم الحمر الاهلية لانها مختصة بحرمة الاشياء المحرمة فيجوز
تخصيصها بما ذكرناه ايضا واما الحديث فلانه ماول بل باكل ثمنها واما الاستدلال
فلان من شرط القياس ان يكون الفرع منصوصا عليه والنص الناهي عن
لحوم الحمر الاهلية قائم ههنا وهو الذي روينا فبطل بالقياس والبغال لانه من
نسل الحمار فكان كاصله حتى لو كان امه فرسا كان على الخلاف المعروف في لحم
الفرس لان المعتبر في الحل والحرمة الام فيما تولد من ماكول اللحم وغير ماكول
اللحم والفيل لانه ذو ناب والضب واليربوع وابن عرس والزنبور والسلحفات
والحشرات لانها من الخبائث قال الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما روي انه عم
اباح اكله محمول على ما قبل التحريم ثم حرم الخبائث قال الشافعي الضب والضبع
واليربوع يجوز اكلها والمراد بالحشرات مثل الحية والعقرب والفارة والوزغة
والضفدع وسام ابرص والبرغوث والقمل والذباب والبعوض والقراد

ولا باس باكل دود الزنبور قبل نفخ الروح لان ما لا روح له لا يسمى ميتة كذا في
قاضيخان ويكره الغراب الابقع اي الذي ياكل الجيف الغراب ثلثة انواع نوع ياكل
الجيف فهو لا يؤكل فانه خبيث وهو المراد بالابقع ونوع ياكل الحب فقط فهو
يؤكل ونوع يخلط بينهما ياكل تارة الحب واخرى الجيف وهو يؤكل عند الخ وهو
العقعق وهو كالدجاج وعن ابي يوسف انه يكره لان غالب ماكوله الجيف
والاول اصح واختلف في الخفافش قيل يؤكل وقيل لا يؤكل لان له نابا والغداف
وهو غراب القيظ لانه ياكل الجيف وانه من الخبائث وهو غراب اسود كالفحم
والرخم طير كبير ياكل الجيف في البوادي والبغاث قال في المصباح البغاث
من الطير ما لا يصيد ولا يرغب في صيده لانه لا يؤكل وكذا لا يؤكل العقاب
والصقر والبازي والباشق والشاهين والحداة من الطيور لانها ذو مخلب
ويكره الخيل تحريما في الاصح وقيل كره تنزيها وجه الاصح ان ابا ح قال اذا قلت
في شيء اكرهه فرايي فيه التحريم وعندهما لا يكره الخيل لما عرف في محله
وحل العقعق وغراب الزرع ابقع كان او اسود والعقعق طائر طويل الذنب
فيه سواد وبياض وعن ابي يوسف انه يكره لان غالب اكله الجيف وعن محمد
اذا اكل الجيف لا يؤكل واذا اكل الحب يؤكل والارنب لما روي انه عم امر اصحابه
ان ياكلوه حين اهدي اليه مشويا ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك
بانواعه كالجريث يقال له سمكة الرس والمارماهي مثل الحية وغيرهما من انواع
السمكة ولا يؤكل الطافي وهو اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو اذا علا
والمراد من السمك الطافي هو الذي يموت في الماء حتف انفه من غير سبب
فيعلو الماء بخلاف ما اذا مات في الماء بسبب من الاسباب الجارحة مثل
ضيق المكان بان سقط في جب ماء او في حظيرة او في شبكة الصيد
ولم يقدر على الخروج منها فمات فانه يحل اكله ولو كان طافيا على الماء لانه مات
بسبب وكذا لو مات باكل شيء القي في الماء لصيد السمك فانه مات بسبب وكذا
لو مات بقتل طير الماء او سمك اخر او وجد في بطن سمك اخر او لدغ حية ونحوه
وان مات بحر او برد ففيه روايتان في رواية انه يؤكل لانه مات بسبب حادث

وفي رواية اخرى لا يؤكل لان الحر والبرد من صفات الزمان ليسا من اسباب الموت
غالبا ويحل هو اي السمك والجراد بلا ذكوة لقوله عم احلت لنا ميتتان ودمان
اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال ولو ذبح شاة لم تعلم
حيوتها فتحركت او خرج منها دم حلت والا فلا وان علمت حيوتها حلت مطلقا
اي تحركت او لا خرج الدم او لا وهذا لان الحركة وخروج الدم لا يكونان الا من
الحي لان الميت لا يتحرك ولا يخرج منه الدم فيكون وجود احدهما علامة الحيوة
فيه فيحل وعدمها علامة الموت فلا يحل الا اذا علم حيوتها عند الموت فتحل
لان الاصل بقاء ما كان على ما كان فلا يحكم بزوال الحيوة بالشك

كتاب الاضحية

وهي في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى على وزن افعولة
في اصله اجتمعت الواو والياء وسبقت احديهما بالسكون وهو الواو فقلبت
الساكن ياء وادغمت الياء في الياء وكسرت الحاء لثبات الياء فصار اضحية
وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو
يوم الاضحى وشرائطها سياتي ذكرها في اثناء الكلام وسببها دخول وقت
الاضحى كما في الصلوة وقد عرف في الاصول وصفتها الوجوب في
الاصح ولهذا قال هي واجبة اي بالقدرة الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة
للاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان
يتصدق بعينها او بقيمتها ولا يسقط عنه الاضحية فلو كانت واجبة بالقدرة
الميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكوة والعشر والخراج حيث يسقط
بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع افة وعن ابي يوسف سنة مؤكدة
وقيل هو اي كونه سنة قولهما اي قول ابي يوسف ومحمد ذكره الطحاوي وغيره
مستدلين بقوله عم اذا رايتم هلال ذي الحجة واراد احدكم ان يضحي فليمسك عن
شعره واظفاره رواه مسلم وبالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة
وجبت على المقيم والمسافر كالزكوة وصدقة الفطر لانهما لا يختلفان في العبادة
المالية وجه الوجوب قوله عم من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا رواه
احمد وابن ماجه ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانه عم امر باعادتها

بقوله من ضحى قبل الصلوة فليعد والامر للوجوب وانما لم يجب على المسافر لان اداءها
يختص باشياء تشق على المسافر و يفوت بمضي الوقت فلا يجب عليه لدفع الحرج عنه
كالجمعة بخلاف الزكوة وصدقة الفطر فانهما لا يفوتان بمضي الوقت والمراد بالارادة
فيما رواه ضد السهو لا التخيير لانه غير مخير اجماعا لان التخيير يقع في المباح وانما
يجب على حر مسلم مقيم موسر اما اشتراط الحرية فلانها قربة مالية فلا تتأدى الا بالملك
والمالك هو الحر لا العبد اذ لا ملك للعبد واما الاسلام فلان القربة لا تتادى
الا من المسلم لان الكافر ليس اهلا للقربة الى الله واما الاقامة فلما ذكرناه من
قبل واما اليسار فلما روينا ولان العبادة لا تجب الا على القادر والقدرة
في العبادة المالية بالغنى لا بالفقر عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه
لا عن طفله اي لا يجب عن اولاده الصغار في ظاهر الرواية وعليه الفتوى
لانه قربة محضة والاصل في العبادات ان لا تجب على احد بسبب غيره بخلاف
صدقة الفطر لان فيها معنى المؤنة والسبب فيها راس يمونه ويلي عليه وهذا
المعنى متحقق في حق الولد في صدقة الفطر دون الاضحية فلهذا لا يجب
عليه عن عبده وصدقة الفطر تجب عليه عنه وقيل تجب عنه اي عن طفله ايضا
اي كما يجب عن نفسه وهو رواية الحسن عن ابح وذلك لانه في معنى نفسه
فيلحق به كما في صدقة الفطر فعلى هذه الرواية لو ولد له ولد في ايام النحر و
المعتبر يساره واعساره في ذلك اليوم وقيل يضحي عنه ابوه او وصيه من
ماله اي مال الطفل ان كان له مال فيطعم اي يطعم ابوه او وصيه اياه منها اي من
الاضحية التي هي من مال الطفل ما امكن اطعامه اياه ويستبدل بالباقي ما ينتفع به
مع بقاء اي بقاء عينه كالثوب والخف والفرو والقاس والمنخل ونحوها وهذا
اختيار شمس الاسلام وهو رواية ابن سماعة عن محمد وجعله صاحب الهداية
اصح لكن قال في الكافي الاصح انه لا يجب ذلك على الصغير وليس للاب ان يفعله
من مال الصغير ايضا وقال في قاضيخان وليس على الرجل ان يضحي عن اولاده
الكبار وامرأته الا باذنهم وعن ابي يوسف انه يجوز بغير امرهم استحسانا وفي
الولد الصغير عن ابح روايتان في ظاهر الرواية يستحب ولا يجب بخلاف صدقة

الفطر فانها تجب وروى الحسن عن ابح انه يجب ان يضحي عن ولده وعن ولد ولده
الذي لا اب له والفتوى على ظاهر الرواية فان كان للصغير مال قال بعض
مشايخنا يجب على الاب والوصي في قول ابح ان يضحي من مال الصغير قياسا
على صدقة الفطر ولا يتصدق بلحمه بل يأكل الصغير فان فضل شيء ادخاره يشترى
بذلك ما ينتفع بعينه وعلى الرواية التي لا يجب في مال الصغير ليس للاب
والوصي ان يفعل ذلك فان فعل الاب لا يضمن في قول ابح وابي يوسف
وعليه الفتوى ويضمن في قول محمد وزفر ايضا واختلف المشايخ في قول
ابح وابي يوسف قال بعضهم لا يضمن كما لا يضمن الاب وقال بعضهم ان كان
الصبي يأكل لا يضمن والا يضمن والمعتوه والمجنون في هذا بمنزلة الصبي
اما الذي يجن ويفيق فهو كالصحيح ولو كان الصحيح مسافرا وله ولد صغير في
وطنه لا يجب على المسافر ان يضحي عن نفسه وعلى الرواية التي يجب على الاب ان
يضحي عن ولده الصغير يجب على المسافر ان يضحي عن ولده فان مات ولده في
ايام النحر سقطت اضحيته انتهى وهي اي الاضحية شروع في بيان ما يجوز من
الاضحية وما لا يجوز قال في الفتاوى يجوز من اربع من الحيوان الشاة والمعز
والبقر والابل ذكورها واناثها وكذا الجاموس لانه نوع من البقر الاهلي
وان ندت الاهلية وتوحشت في عن الاضحية جاز ولا يجوز الوحشي
والذي تولد من الوحشي والاهلي ان كانت الام اهلية جاز كذا في قاضيخان
شاة ذكرا وانثى لكن الذكر منها افضل اذا كان خصيا والثني منها فصاعدا جائز
ولا يجوز ما دون ذلك من كل شيء الا الجذع العظيم من الضان كذا في الخلاصة
وسيأتي تفصيله وكذا يجوز المعز لانه نوع من الشاة والذكر منه افضل ايضا
ولو نزى كلب على شاة فولدت قال عامة العلماء لا يجوز وقال الامام الخيزاخزي
ان كان شبه الام يجوز ولو نزى شاة على ظبي قال الامام الخيزاخزي ان كان
شبه الاب يجوز ولو نزى ظبي على شاة قال عامة العلماء يجوز وقال الامام
الخيزاخزي العبرة للمشابهة كذا في الخلاصة وقال فيه ايضا الغنم افضل من المعز
اختلفوا في ان البقرة افضل ام الشاة الواحدة قال بعضهم اذا كانت قيمة الشاة

اكثر من قيمة البقرة فالشاة افضل لان الشاة كلها يكون فرضا والبقرة سبعها يكون
فرضا والباقي نفل وما كان كله فرضا اولى وقال بعضهم البقرة افضل لانها
اكثر لحما وان ذبحت عن واحد يكون كلها فرضا وقال ابو حفص الكبير البقرة افضل
من الشاة اذا استويا في القيمة لانها اعظم واكثر والشاة افضل من سبع
البقرة اذا استويا في القيمة واللحم والبقرة افضل من ست شياه اذا
استويا في القيمة وسبع شياه افضل من البقرة والاصل فيه انهما اذا استويا
في القيمة واللحم فاطيبهما لحما افضل وان اختلفا فالفاضل اولى والحق ان الحمل بعشرين
وهو قيمته افضل من حقي بخمسة عشر وفي الفتاوى شراء شاة واحدة للاضحية
بثلاثين درهما افضل من شراء شاتين بثلاثين درهما وشراء شاة بعشرين افضل
من شراء شاتين بعشرين ولو ولدت شاة الاضحية ولدا كان عليه ان يذبح
ولدها ايضا فان ترك الولد الى العام القابل وضحاه عن السنة القابلة لا يجوز
فان كانت قيمة الولد في السنة الاولى درهمين فتصدق بدرهمين بعدما مضت
ايام النحر من السنة الاولى وكبر الولد في العام القابل فصارت قيمته عشرين
وضحى بها عن القابل جاز كذا في قاضيخان او بدنة الانثى منها افضل ولا يجوز
منها الا الثني او سبع بضم السين بدنة والقياس ان لا يجوز البدنة كلها الا عن
واحد لان الاراقة قربة واحدة وهي لا تتجزى الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي
عن جابر انه قال نحرنا مع رسول الله البقر عن سبعة والبدنة عن سبعة
ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس والتقدير بالسبع لنفي الزيادة لا لنفي
النقصان حتى لو ضحى بقرة او بدنة عن اثنين او ثلثة او ستة جاز على ما ذكره
محمد في الاصل لانه لما جاز عن سبعة فعن اقل منها اولى ولا يجوز عن ثمانية
وما فوقها لعدم النقل فيه فبقي على الاصل اطلق السبعة فتشمل ما اذا كان واحد
منهم الاب والباقي اولاده كما في قاضيخان حيث قال ولو ضحى بدنة
عن نفسه وعن ستة من اولاده ليس هذا في ظاهر الرواية وقال الحسن
بن زياد في كتاب الاضحية له ذلك ان كان اولاده صغارا جاز عنه وعنهم
جميعا في قول ابي ح وابي يوسف وان كانوا كبارا ان فعل باذنهم جاز عن الكل في

قول

قول ابي ح وابي يوسف وان فعل بغير امرهم او بغير امر بعضهم لا يجوز عنه ولا عنهم
في قولهم جميعا لان نصيب من لم يامر صار لحما فصار الكل لحما وفي قول الحسن
بن زياد اذا ضحى بدنة عن نفسه وعن خمسة من اولاده الصغار وعن ام ولده
بامرها او بغير امرها لا يجوز عنه ولا عنهم وقال ابو القاسم يجوز عن نفسه
سبعة اشتركوا في تضحية البقرة ومعهم صبي ضحى عنه ابوه او معتوه ضحى
عنه ابوه او ام ولد مسلمة ضحى عنها مولاها جاز الكل وهل يجوز اشتراك الحي
مع الميت ففي الخلاصة نقلا عن الاصل سبعة اشتركوا في بقرة او بدنة
ثم مات بعضهم قبل ان ينحروا فقال ورثته انحروها عنكم وعن فلان الميت
يجزيهم استحسانا وهل ياكل ورثة الميت نصيب الميت او يتصدق ففي الخانية
ان الورثة يحل لهم اكل نصيب الميت في رواية وهو المختار وفي رواية لا ياكلون
بل يتصدقون واعلم انه لو قال او سبع بدنة او بقرة لكان اوفق لبيانه بقوله
بان اشترك مع ستة في بقرة او بعير بخلاف الشاة فانه لا يجوز الاشتراك
فيها لعدم النص فيها بل تقع عن واحد وكل اي كل واحد من السبعة يريد القربة
حتى لو نوى احدهم اللحم بطل الكل ولا يلزم اتفاق جهة القربة حتى لو نوى بعض
الشركاء الاضحية وبعضهم هدي المتعة وبعضهم هدي القران وبعضهم جزاء
الصيد وبعضهم دم العقيقة لولادة ولد له في عامه ذلك جاز عن الكل
في ظاهر الرواية وعن محمد في النوادر كذلك وعن ابي يوسف في الامالي
الافضل ان يكون الكل من جنس واحد فان كان مختلفا وكل واحد متقرب الى
الله جاز وعن ابي ح انه قال اكره ذلك فان فعلوا جاز وقال زفر لا يجوز ويكون
الكل لحما كذا في قاضيخان وفيه ايضا سبعة اشتروا البقرة للاضحية فنوى
احدهم الاضحية عن نفسه هذه السنة ونوى اصحابه الاضحية عن السنة
الماضية قالوا يجوز الاضحية عن هذا الواحد ونية اصحابه السنة الماضية باطلة
وصاروا متطوعين ووجبت الصدقة عليهم بلحمها وعلى الواحد ايضا لان نصيبه
شايع ولو اشترى بقرة للاضحية ونوى سبعها منها لعامه هذا وستة اسباعه
عن السنين الماضية لا يجوز عن الماضية ويجوز عن عامه هذا ولو نوى بعض

الشركاء التطوع وبعضهم الاضحية للعام الماضي الذي صار دينا عليه وبعضهم الاضحية
الواجبة من عامه هذا جاز الكل ويكون عن الواجب عمن نوى الواجب عن عامه
ذلك ويكون تطوعا عمن نوى القضاء عن العام الماضي ولا يجوز عن قضائه
بل يتصدق بقيمة شاة وسطا لما مضى وهو من اهلها اي من اهل القربة حتى لو كان
احد الشركاء كافرا لا يجوز عن الكل ولم ينقص نصيب احدهم عن سبع فلو اراد
احدهم نصيبه اللحم او كان كافرا او كان نصيبه اقل من سبع لا يجوز في كل من
هذه الصور عن واحد منهم لفقد الشرط ويجوز اشتراك اقل من سبعة ولو
وصلية اثنين لما ذكرناه ويقسم لحمها وزنا لانه وزني لا جزافا الا اذا خلط به
من اكارعه او جلده فانه يصرف الجنس الى خلافه فيعرى عن شبهة الربوا
ولو اشترى بدنة للاضحية ثم اشترك فيها ستة اخرى جاز استحسانا والقياس
ان لا يجوز وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا وفي الاشتراك
ذلك فلا يجوز وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة وقد لا يظفر بالشركة
وقت الشراء فيشتريها ثم يطلب الشركاء ولو لم يجز لك لحرجوا وهو مدفوع و
الاشتراك قبل الشراء احب لبعده عن الخلاف ومن صورة الرجوع من القربة
واول وقتها اي وقت الاضحية بعد طلوع فجر يوم النحر ولا يذبح في المصر احترز
به عن القرى كما يظهر لك وجهه قبل صلوة العيد يعني لا يجوز لاهل المصر ان يذبحوا
اضحيتهم قبل صلوة العيد ويجوز لاهل القرى والاصل فيه قوله عم من ذبح قبل
الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين
قالوا هذا في حق من عليه صلوة العيد كيلا يشتغل عنها بها فلا معنى للتاخير
عن القروي اذ لا صلوة عليه ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية لا مكان المضحي
حتى لو كانت الاضحية في السواد والمضحي في المصر يجوز الاضحية كما انشق الفجر
وفي عكسه لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعثها
الى خارج المصر في موضع يجوز للمسافر ان يقصر فيه فيضحونه كما طلع الفجر لان
وقتها من طلوع الفجر وانما اخرت الى ما بعد الصلوة في المصر لما ذكرناه وهذا
لان الاضحية تتعلق بالمال لا بالذمة كالزكوة فيعتبر فيها مكان المحل لا مكان الفاعل

بخلاف صدقة الفطر فانها تتعلق بالذمة لا بالمال فيعتبر فيها مكان الفاعل لا مكان
المحل لان المال ليس بمحل لها حتى لا تسقط بهلاك المال بعد طلوع الفجر من
يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى العيد اهل المسجد قبل ان يصلي اهل الجبانة
اجزاه استحسانا لانها صلوة معتبرة وان كان على العكس قيل على القياس
والاستحسان ايضا وقيل يجوز قياسا واستحسانا لان المسنون في صلوة
العيد الخروج الى المصلى فكان اصلا والاخر كالخلف عنه ولو ضحى بعد ما قعد
الامام قدر التشهد قبل ان يسلم لم يجز في ظاهر الرواية ويجوز في رواية
الحسن ولو لم يصل الامام العيد في اليوم الاول اخروا التضحية الى الزوال
ثم ذبحوا اذ لا تجزيهم التضحية ما لم يصل الامام الا بعد الزوال فيجوز لخروج
وقتها وكذا في اليوم الثاني لا تجزيهم قبل الزوال وقيل في الغد وبعد الغد
يجوز قبل الصلوة لانه فات وقت الصلوة بزوال الشمس في الاول والصلوة
في الغد يقع قضاء لا اداء فلا يظهر هذا في حق التضحية ولو صلى الامام ثم
تبين انه صلى بغير طهارة يعاد الصلوة دون الاضحية ولو وقعت في البلد
فتنة ولم يبق فيها وال يصلي بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر اجزاهم لان البلد
صار في هذا الحكم كالسواد ولو شهدوا عند الامام انه يوم العيد فصلى
ثم انكشف انه يوم عرفة اجزاتهم التضحية لانه لا يمكن التحرز عن مثل هذا
الخطاء فيحكم بالجواز صيانة لهم بخلاف ما اذا صلى بغير شهادة ثم ايام النحر ثلثة
وايام التشريق ثلثة ايضا والكل يمضي بمضي اربعة ايام اولها نحر لا غير
واخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية في ايام النحر
من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة عند البعض وسنة عند البعض
والتصدق بالثمن تطوع محض فكانت هي افضل ولانها تفوت بفوات وقتها
والتصدق لا يفوت كذا في الهداية والزيلعي واخره اي اخر وقتها قبيل غروب
اليوم الثالث وهو الثاني عشر من ذي الحجة الا ان الافضل الذبح في العاشر
ثم الثاني ثم الثالث وفيه اشارة الى ان التضحية يجوز في الليلتين الاخيرتين
لا الاولى لان الليل تابع النهار المستقبل الا في ايام الاضحية فان الليل فيها

تابع لنهار ماض كما في شرح النقاية نقلا عن المضمرات واستشكل عليه بليلة اليوم
الرابع بانه ليس بوقت للاضحية بلا خلاف ولو كان تابعا لنهار ماض لكان وقتا لها
واجيب بان المراد فيما بين ايام الاضحية قال في قاضيخان ويجوز في الليلتين
الحادية عشر والثانية عشر لكنه يكره واعتبر آخره اى آخر وقتها للفقر وضده
اى الغنى حتى لو كان غنيا في اول وقتها ثم كان فقيرا في آخره لا يجب عليه الاضحية
لسقوطها بالفقر ولو كان فقيرا في اول وقتها ثم ايسر في آخره يجب عليه
الاضحية لان الكسبية انما تقرر في آخر الجزء فيعتبر هو لا ما قبله وقد تقدم بيانه
في الصلوة والولادة والموت فلو مات في آخر الوقت سقطت الاضحية عنه
حتى لا يجب عليه الايصاء ولو ولد في آخر الوقت فعلى ابيه ان يضحي عنه وكذا
لو اسلم الكافر او بلغ الصبي واقام المسافر في آخر الوقت وجبت الاضحية عليه
ولذا قال في قاضيخان موسر اشترى شاة للاضحية في اول ايام النحر فلم تضح
حتى افتقر قبل مضي ايام النحر او انفق حتى انتقص النصاب سقطت عنه الاضحية
وان افتقر بعد ما مضى ايام النحر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا يسقط
عنه الاضحية انتهى واولها افضلها يعني ان الاضحية جائزة في ثلثة ايام يوم
النحر ويومان بعده لما روى عن عمر وعلي وابن عباس انهم قالوا ايام النحر ثلثة
افضلها اولها فكلام المص مقلوب عنه وانما كان اولها افضلها لما فيه من المسارعة
الى اداء القربة وكره الذبح ليلا اما جوازه فيه فلان الليالي تتبع الايام واما
الكراهة فلاحتمال الغلط في ظلمة الليل فان فات وقتها اى وقت الاضحية قبل
ذبحها لزم التصدق بعين المنذورة حية وكذا ما اشتراها فقير للتضحية والغني
يتصدق بقيمتها شراها او لا يعني لو مضى ايام النحر ولم يضح فلا يخلو اما ان اوجب
على نفسه بان قال لله علي ان اضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب فقيرا او غنيا
او لم يوجب فان اوجب على نفسه يلزمه ان يتصدق بعين المنذورة فقيرا كان
الموجب او غنيا وان لم يوجب على نفسه فان كان فقيرا وقد اشترى شاة بنية
الاضحية يلزمه ان يتصدق ما اشتراه بنية الاضحية ايضا وان كان غنيا ولم يوجب
على نفسه شاة بعينه يلزمه تصدق قيمتها اشترى لها او لم يشتر وهذا لانها وجبت

على الغني بغناه اشترى او لم يشتر فاذا فات الوقت لزمه تصدق قيمتها واما على الفقير
فانما وجب عليه اما بالشراء او بالايجاب فتعلق بذلك عنه فيتصدق
عينه بعد فوت الوقت وكذا اذا اوجبها الغني يلزمه ان يتصدق بعين المنذورة
واما ما وجب عليه بسبب غناه من الاضحية فانه يجب عليه ان يتصدق بعين
الشاة او قيمتها قال في الزيلعي ولا يجب على الغني من الاضحية اكثر من الواجب
ونوى به غير الواجب في ذمته وهي الشاة التي وجبت بسبب اليسار يجب
عليه ان يتصدق بالمنذورة مع الواجب الذي في ذمته وكذا اذا اطلق
النذر ولم يرد به الواجب في ذمته يجب عليه غيره معه وان اراد به
الواجب بسبب اليسار لا يلزمه غيره لان النذر ايجاب ينصرف الى غير الواجب
ظاهرا ولكن يحتمل الصرف الى الواجب تاكيدا له ونظيره النذر بالحج وعليه
حجة الاسلام فانه يلزمه حجة اخرى الا اذا عنى به ما هو الواجب عليه انتهى
وهل تصير اضحية بمجرد نية الاضحية وبغير ايجاب او لا فهذه على وجوه ثلثة
الاول اذا اشترى شاة ينوي بها الاضحية والثاني ان يشتري بغير نية الاضحية
ثم نوى الاضحية والثالثة اي له يشتري بغير نية ثم يوجب بلسانه ان يضحي
فيقول لله علي ان اضحي بها عامنا هذا ففي الوجه الاول لا تصير اضحية في
ظاهر الرواية ما لم يوجبها بلسانه وعن ابي يوسف عن ابي حنيفة انها تصير اضحية
بمجرد النية كما لو اوجبها بلسانه وبه اخذ ابو يوسف وبعض المتاخرين وعن
محمد في المنتقى اذا اشترى شاة ليضحي بها واضمر نية التضحية عند الشراء
تصير اضحية وفي الوجه الثاني لم يذكر في ظاهر الرواية شيء وروى
الحسن عن ابي حنيفة انها لا تصير اضحية حتى لو باعها يجوز بيعها وبه ناخذ وفي
الوجه الثالث تصير اضحية في قولهم كذا في قاضيخان وقال في الخلاصة
لو نذر في الاضحية بان قال لله علي ان اضحي بهذه الشاة يجب عليه بالاجماع
واجمعوا انها لا تصير واجبة بمجرد النية حتى لو نوى ان تضحي بهذه الشاة و
لم يذكر باللسان شيئا لا يجب وبالشراء بنية الاضحية ان كان المشتري
غنيا لا يجب عليه باتفاق الروايات حتى لو باعها واشترى اخرى بثمنها والثانية

شرى الاولى جاز ولا يجب عليه شيء وان كان المشتري فقيرا قال في شرح الشافي
من اشترى شاة ليضحي بها تعينت لها بالنية عند الطحاوي قال ومذهب الجمهور
انها لا تصير لها الا ان يقول علي ان يضحي بها لان نفس النية غير موجبة هكذا
ذكره شمس الائمة الحلواني وذكر الامام خواهرزاده في ظاهر الرواية عن
اصحابنا تصير واجبة وهكذا ذكره الطحاوي وفي الزيادات في كتاب
الهبة رجل اشترى شاة فاوجبها اضحية وجبت عليه موسرا كان او معسرا
واختلف المشايخ في قوله فاوجبها اضحية قال بعضهم اوجبها بلسانه بعد
الشراء فيقول لله علي ان اضحي بهذه الشاة وقال بعضهم اراد به انه اشتراها
بنية الاضحية وقوله اوجبها اي بذلك الشراء قال رح وظاهر المذهب هذا
الى هنا كلام الخلاصة وقال في القهستاني اعلم ان وجوب الاضحية بالشراء
فصل اختلف فيه الروايات والمشايخ فقال بعضهم ان كلام الزيادات دال على
ان شراء الموسر والمعسر موجب لها وكلام النوادر على ان شراء المعسر غير موجب
على ما روي عن الشيخين وذكر شيخ الاسلام ان شراء الموسر غير موجب
باتفاق الروايات وشراء المعسر موجب في ظاهر الرواية وروى الزيلعي
انه غير موجب وهو المختار عند السرخسي وذكر الحلواني ان شراء المعسر غير
موجب في ظاهر الرواية وروى الطحاوي انه موجب كما في الظهيرية وذكر
في المشارع ان من اشترى شاة تعينت بالنية عند الطحاوي ولم تتعين
عند الجمهور انتهى كلام القهستاني بقي ان الفقير اذا اشترى شاة للاضحية
فسرقت او ماتت فهل يلزمه شراء اخرى للاضحية ففي الفتاوى انها لا تلزم والغني
اذا سرقت شاة الاضحية فصل يجب عليه اخرى لان الوجوب على الفقير بالشراء
والشراء تناول هذا العين فوجب التضحية به فاذا سرق العين سقط الواجب
والواجب على الغني بايجاب الشرع والشرع لم يوجب تضحية هذا العين فلا يسقط
الواجب بهلاك هذا العين هذا والفقير اذا اشترى مكان المسروق اخرى مع عدم
وجوبه عليه ثم وجد الاولى فهل يجب عليه ان يضحي بها ففي الفتاوى ايضا
انه يجب عليه ان يضحي بها بخلاف الغني فانه اذا سرقت شاة فاشترى مكانها اخرى

ثم

ثم وجد الاولى لا يجب عليه الا واحدة منها والفرق ان الوجوب على الفقير بالشراء
والشراء للاضحية قد تعدد فيتعدد الوجوب وعلى الغني الوجوب بايجاب
الشرع والشرع لم يوجب الا اضحية واحدة وقيل ان اوجب الثانية بدلا عن
الاولى له ان يذبح ايتهما شاء من غير فرق بين الفقير والغني اما اذا اوجبها
ايجابا مبتدأ بعد شراء الاولى فعليه ان يضحي بها قال في الخلاصة وفي
الاصل اشترى اضحية ثم باعها جاز في ظاهر الرواية ولو اشترى مثلها وضحى
بها ان كانت الثانية مثل الاولى او خيرا منها جاز ولا يلزمه شيء اخر وان كانت
دون الاولى تصدق بفضل ما بين القيمتين قال الامام السرخسي ومن
اصحابنا من قال هذا اذا كان المشتري فقيرا فان كان غنيا ليس عليه ان
يتصدق بفضل القيمة قال والاصح عندي ان الغني والفقير سواء انتهى
وانما يجزي منها اي في الاضحية الجذع بفتحتين من الضان وهذا ذوات
من الغنم والاصل فيه قوله عم نعمت الاضحية الجذع من الضان قال في
الهداية قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو اختلط بالثنيان يشتبه على الناظر
من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء
وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر وعنه ثمانية او تسعة واعلم ان قال في مذهب
الفقهاء لان عند اهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له سنة قال في المغرب
الجذع من البهايم قبل الثني الا انه من الابل قبل السنة الخامسة ومن البقر
والشاة ما دخل في السنة الثانية ومن الابل في الاربعة الرابعة
وعن الزهري الجذع من المعز لسنة ومن الضان لثمانية اشهر هذا وانما قيد
بقوله من الضان لان الجذع من المعز لا يجوز وكذا من غيره كذا في شرح
النقاية وشرح المجمع والثني فصاعدا من الجميع اي من الضان والمعز والابل والبقر
الثني من الضان والمعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل خمس
سنين كذا في الهداية والزيلعي ويجوز الجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن
لا يتعلق به مقصود الا يرى ان التضحية بالابل جائزة ولا قرن له وفي
الزيلعي وكذا بمكسورة القرن بل اولى من الجماء انتهى ولا بد ان يقيد الكسر بما لم يبلغ

المخ لما قال في الخلاصة والتي لا قرن لها من الاصل تجوز فان انقطع وانكسر بعض
قرنها يجوز الا اذا بلغ المخ والخصي اي منزوع الخصيتين والثولاء اي المجنونة اي ان
كانت سمينة على ما في الخلاصة والجرباء السمينة لان الجرب في الجلد ولا نقصان
في اللحم في السمينة بخلاف ما اذا كانت مهزولة لان الجرب في اللحم فينقص
قال في الخلاصة وفي نظم الزندوستي خمس عشرة من العيوب لا تمنع جواز
الاضحية منها ان يكون لا اسنان لها ان كانت تعتلف في ظاهر الاصول وعن
ابي يوسف انه لا يجوز مطلقا والتي لا لسان لها في الغنم يجوز وفي البقر لا لان
الغنم يعتلف بالاسنان والبقر باللسان والجرباء ان كانت سمينة والتي لا قرن
لها من الاصل يجوز وان انقطع او انكسر بعض قرنها يجوز ايضا الا اذا بلغ المخ
وصغيرة الاذن والتي في اذنها ثقب او شقاق من الاعلى الى الاسفل والثولاء
والعرجاء التي تضع الرابعة على الارض وتستعين بها الا انها تمايل مع ذلك
ونصفها او صفا خفيفا يجوز والمجبوب العاجز عن الجماع والتي بها السعال والعاجزة
عن الولادة لكبر سنها والتي بها كي والتي لا ينزل لبنها من غير علة والتي لها ولد تنهى
لا العمياء وهي التي ذهبت عيناها والعوراء وهي التي ذهبت احدى العينين هذا
بيان العيوب التي لا يجوز بها الاضحية والاصل فيه ان العيب الفاحش مانع واليسير
غير مانع لان الحيوان قلما يخلو عن يسير العيب واليسير ما لا اثر له في لحمها
والعمى والعور ما لها اثر في لحمها اما العمى فظاهر واما العور فلانها لم تبصر بعين
واحدة من العلف ما تبصر بالعينين وقلة العلف تورث الهزال والعجفاء التي
لا تنقي في المصباح النقو وزان حمل كل عظم ذي مخ والنقي بالياء لغة اي لا مخ لها
من الهزال وفي الخانية لا يجوز العجفاء التي لا سمن الا ان يكون جفيرا او ندر يغنيه
فيجوز انتهى والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك احترز به عن العرجاء التي تضع الرابعة
على الارض فانها تجوز كما ذكرناه انفا والاصل فيه قوله عم لا تجزي في الضحايا
اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها
والعجفاء التي لا تنقي ومقطوعة اليد والرجل لانها عيب فاحش وذاهبة اكثر العين
الواحدة لان للاكثر حكم الكل وحكم ذهاب كل العين تقدم والاذن يجوز عطفه على

العين وعلى الاكثر وكذا قوله او الذنب او الالية قال في الهداية لا يجوز مقطوعة
الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عم استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا
سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن ولا التي ذهب
اكثر اذنها وذنبها وان بقي الاكثر من الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم
الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت
الرواية عن ابي ح في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع
من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزاه وان كان
اكثر لم يجز لان الثلث ينفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة فيعتبر
قليلا وفيما زاد على الثلث لا ينفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا وروي عنه ان
الربع كثير وعنه ايضا ان الثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقي
الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة
وهو اختيار الفقيه ابو الليث وقال ابو يوسف اخبرت بقول ابي ح فقال
قولي كقولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب
من قولك وفي كون النصف روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن
ابي يوسف انتهى وذكر فيها ايضا طريق معرفة المقدار فارجع اليه فظهر انه
لا خلاف في ان ذهاب الاكثر من الاعضاء المذكورة مانع ولهذا جعله
المصنف مانعا مطلقا وانما الخلاف في ذهاب النصف وفي مقدار الاكثر
واليه اشار بقوله وفي ذهاب النصف روايتان اي عن ابي يوسف ومحمد
على ما في الهداية والخلاصة في رواية عنهما ان مقدار النصف كثير عندهما
وفي اخرى قليل والاول ظاهر الرواية عنهما ويجوز ان ذهب اقل منه اي من
النصف وان كثر من الثلث لان الاقل من النصف قليل عندهما في ظاهر الرواية
دون النصف وقيل ان ذهب اكثر من الثلث لا يجوز عند ابي ح وبقدر الثلث
يجوز وعليه اعتمد في الجامع الصغير وقيل ان ذهب الثلث لا يجوز وهو
رواية عن ابي ح ولو علم المشتري بذلك بعد الذبح جازت الاضحية ان كان
اقل من الثلث ويرده على البائع بنقصان العيب ويتصدق بارش النقصان

ايضا وان كان العيب مما لا يجوز معه الاضحية يرجع على البائع بنقصان العيب
ويطيب له ارش النقصان كذا في قاضيخان وقال في الخلاصة لا يجوز مقطوعة
رؤس ضروعها وان ذهب من واحد اقل من النصف فعلى ما ذكرناه من الخلاف
في العين والاذن انتهى وهل يجعل العجوف في اذني الاضحية فقد اختلف المشايخ
قيل يجعل حتى يكون مانعا وقيل لا ولا يضر بقيها من اضطرابها عند الذبح كما لو اضجعها
فاضطربت فانكسرت رجلها او يدها فذبحها اجزأه استحسانا عندنا لان
حالة الذبح ومقدماته يلحق بالذبح قال في الخلاصة ولو ذهبت عينها في
معالجة الذبح ان لم يرسلها جاز وان ارسلها بعد اصابة الافة ثم ضحى بها في وقت
النحر في يومه او في يوم النحر لا رواية لها في الاصول وفي العيون والمنتقى
واضاحي الزعفراني عن ابي يوسف انه يجوز وقال الزعفراني في كتابه انه لا يجوز
وبه قال بعض العلماء ولا نأخذ به قيد بقوله من اضطرابها عند الذبح احترازا عما تعيب
عنده لا عن اضطرابه لما قال في الخلاصة ولو كانت صحيحة العينين فاعورت
عنده بعد ايجابه اياها على نفسه او كانت سمينة فصارت عجفاء او عرجاء ان
كان موسرا لا يجوز ان يضحي وان كان فقيرا جاز له ذلك في رواية ابي سليمان
وفي رواية ابي حفص يجوز معسرا كان او موسرا والمختار رواية ابي سليمان لان
الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية
الاضحية فتعينت وان لم يكن لها الية ولا اذن خلقة لا يجوز وان كانت صغيرة الاذنين
جاز كذا في قاضيخان وان مات احد سبعة وقال ورثته اذبحوها عنكم وعنه
صح لان مقصود الكل قربة وموت احدهم لا يمنع الوقوع عنه بعد اذن الورثة
لانهم قائم مقامه ولو ذبحوا بغير اذن الورثة لا يجزيهم لان بعضها لم يقع قربة والاصل
فيه ان التضحية عن الغير جائز لانه عم ضحى عن امته وكذا اي صح لو ذبح بدنة عن
اضحية ومتعة وقران لان اختلاف الجهات لا يضر بعد ان وجد الاتفاق في
قصد القربة بخلاف ما لو كان قصد بعضهم اللحم فانها لا يجوز على ما تقدم ويأكل من
لحم اضحيته ويطعم من شاء من غني وفقير ويدخر ايضا لقوله عم كنت
نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله

ايضا وندب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلث الاطعام والاكل والادخار
فانقسم اثلاثا وهذا في الاضحية الواجبة والسنة سواء اذا لم تكن واجبة بالنذر
وان وجبت بالنذر فليس لصاحبها ان يأكل منها شيئا ولا ان يطعم غيره من
الاغنياء سواء كان الناذر غنيا او فقيرا لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق
ان يأكل من صدقته ولا ان يطعم غنيا كذا في الزيلعي فعلم منه ان الفقير اذا اشترى
شاة للاضحية من غير ان ينذر لها جاز له الاكل منها كما صرح به في التاتارخانية
نقلا عن العتابية حيث قال ان المضحي يطعم منها من شاء من الغني والفقير والمسلم
والذمي وان اكل الكل او اطعم الكل فهو جائز ويستحب له ان يتصدق بثلثه وان
كان فقيرا ذا عيال فالافضل ان يأكل هو بور قنية نقلا عن فتاوى آهو حيث
قال سئل قاضي بديع الدين عن الفقير اذا اشترى شاة للاضحية حتى تصير
واجبة عليه فاذا ضحى هل يحل له اكله قال نعم وقال القاضي برهان الدين لا يحل
انتهى قلت اطلاق المتون والفتاوى يؤيد حل اكله وهو المختار لان عدم حله
مبني على القول بالوجوب بالشراء وفيه خلاف كما عرفت وعلى تقدير وجوبه
بالشراء لا يثبت الحرمة ايضا لان الوجوب بالفعل ليس سبيله التصدق
بل لزوم الاداء مثل الواجب بالشرع واما الوجوب بالنذر فسبيله التصدق
لانه اوجبه بلسانه عليه لله تعالى فصاحب الحق في النذر هو الله تعالى والفقير
نائب عنه والدفع الى الله تعالى غير ممكن فلا بد ان يدفع الى نائبه واما في الواجب
بالفعل فانما اوجب بفعله على نفسه ايقاع ذلك الواجب فاللازم عليه هو
الايقاع لا التصدق كما في اضحية الغني ولو ضحى عن ابويه يجوز له التناول منه
عند عامة مشايخ بلخ وعند مشايخ بخارى لا يحل وهو اختيار الفضلي كذا في
التاتارخانية وندب تركه اي ترك التصدق لذي عيال اي لمن عليه نفقة جماعة
وهو ظرف للندب توسعة عليهم اي على العيال وفيه اشعار بانه لو كان عليه نفقة
واحد لم يكن الترك ندبا كذا في شرح النقاية وندب ان يذبح بيده ان احسن
التضحية اي علم بشرائطها وقدر على ذلك والا اي وان لم يحسن التضحية يأمر غيره
ويحضرها اي التضحية بنفسه لقوله عم لفاطمة قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك

باول قطرة من دمها كل ذنب ويكره ان يذبحها كتابي لانه عمل قربة وهو ليس من اهلها
ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكوة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما
اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكوة فكان افسادا لا تقربا ويتصدق بجلدها
لانه جزء منها او يعمله آلة كجراب او خف او فرو او يشتري به ما ينتفع به مع بقائه
كغربال ونحوه وهذا لان الانتفاع بعينه غير محرم فكذا ما هو بدل منه لان للبدل
حكم المبدل منه لا بما يستهلك كخل وشبهه لانه تصرف على قصد التمول والتمول بها
حرام فان بدل اللحم او الجلد به اي بما لا ينتفع به الا باستهلاكه من الدراهم وغيره
يتصدق به لان القربة انتقلت الى بدله ولا يعطي اجر الجزار منها لقوله عم لعلي تصدق
بجلدها وخطمها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا وهذا يدل على النهي عن البيع ايضا لان
اعطاء اجر الجزار منه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به قبل ان
يذبحها لانه التزم القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في
الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع بها كما في الصوف ولو غلط اثنان فذبح كل
شاة الاخر صح الاضحية عن كل منهما ولا ضمان عليهما استحسانا واصل هذا ان
من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن بقيمتها ولا تجزيه من
الاضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح
وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير اذنه فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها
القصاب ووجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب
عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك
مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح اذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه
الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض فصار كما ذبح شاة شد القصاب
رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى
به قلنا يحصل له مستحبان اخران احدهما صيرورته مضحيا لما عينه والاخر
كونه معجلا به فيرضيه فاذا صحت الاضحية عنها يأخذ كل واحد منهما اضحيته ولو
مسلوخة ان كانت باقية ولا يضمنه ان هلكت وان كان كل واحد منهما اكل ما
ذبحه يحلل كل واحد منهما صاحبه فيجزيه لانه لو اطعمه الكل في الابتداء يجوز وان كان

غنيا

655

غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وهو المراد بقوله ويتحالان اي يحلل كل واحد منهما
صاحبه لما ذكرناه وان تشاحا عن التحليل اي تنازعا عنه ضمن كل صاحبه قيمة
لحمه وتصدق فيها اي بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته ولو اشترى
بثمنها غيرها فلو كان غيرها انقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر
غيرها حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها كلها والاصل فيه ان التضحية لما وقعت
من صاحبه كان اللحم له فاذا تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم اضحية
صاحبه ومن اتلف لحم اضحية صاحبه يكون ضامنا لقيمة لحمه وصحت التضحية
بشاة الغصب دون شاة الوديعة لانه في الغصب يثبت الملك من وقت الغصب
وفي الوديعة يصير غاصبا بالذبح فيقع الذبح في الاول في ملكه وفي
الثاني في غير ملكه قال في الخلاصة والخزانة خمسة اموال اذا اخذها من
ملك الغير يجوز بها الاضحية وضمن قيمتها اولها من غصب شاة وضحى بها والثاني
لو سرق وضحى بها والثالث لو غصبه ولده الصغير او الكبير والرابع لو غصب
من عبده المأذون المديون والخامس الشراء الفاسد وستة لا يجوز اولها
المودع اذا ضحى بشاة الوديعة والمعير والمستبضع والمرتهن والوكيل بشراء
الشاة او الوكيل بحفظ ماله اذا ضحى بشاة موكله والسادس الزوج او الزوجة
اذا ضحى بشاة صاحبه لنفسه بغير اذنه انتهى وضمنها لانه اتلف مال الغير بالذبح
فيها **كتاب الكراهية** الكراهة ضد الارادة والرضا في اللغة
وشرعا ما كان تركه اولى وهو على نوعين كراهة تحريم وكراهة تنزيه وذكر كراهة
التحريم على المذهبين بقوله المكروه الى الحرام اقرب عند ابي ح وابي يوسف اي من
الحلال فعلم منه ان المكروه كراهة تنزيه الى الحلال اقرب وعند محمد كل مكروه حرام
ولم يلفظ محمد به اي بلفظ الحرام اي لم يطلق عليه لفظ الحرام مع انه حرام عنده
لعدم القاطع على حرمته فالحرام ما منع بدليل قطعي وتركه فرض كشرب الخمر والزنا
والمكروه ما منع بظني وتركه واجب كاكل الضب واللعب بالشطرنج كما في الكشف
فصل في بيان احوال الاكل منه اي من انواع الاكل فرض وهو ما يندفع به
الهلاك فيحرم تركه يثاب عليه الاكل ولو من حرام كاكل الميتة ومال الغير بخلاف ما لو

امتنع

لو من التداوي بحرام حتى مات على ما سيأتي ومقدار هذا الاكل ما يسد به رمقه ويتكي
اي مأجور عليه وهو ما اي اكل زاد على ما يندفع به الهلاك ليتمكن من الصلوة قائما
وليسهل عليه الصوم الفرض وفيه اشعار بانه جاز تقليل الاكل بحيث عجز عن اداء الفرض
لكنه قال في الاختيار انه لم يجز كذا في شرح النقاية ومباح وهو ما زاد على المذكور
منتهيا الى الشبع لزيادة قوة البدن فهذا الاكل ما لا اجر فيه ولا وزر ويحاسب
عليه حسابا يسيرا ان كان من حل وفيه اشعار بانه لو اكل للسمن لا لقوة البدن
كره نقله في شرح النقاية عن ابن مقاتل وعن الحسن لا باس باكله خبزا مكسورا
في الماء البارد للسمن وفيه ايضا لو اكل الطعام ثم تقيأ فوجده نافعا لا باس
به لانه علاج وحرام وهو الزائد عليه اي على المباح الا لقصد التقوي على صوم
الغد او لئلا يستحيي الضيف سواء كان الضيف حاضرا معه في ابتداء الاكل
او جاء بعد ما اكل قدر حاجته فانه غير حرام فيهما قالوا ان الاكثار في الوان
الطعام اسراف الا لقصد قوة الطاعة او دعوة الاضياف قوما بعد قوم ولا يجوز
الرياضة بتقليل الاكل حتى يضعف عن اداء العبادة لقوله عم ان نفسك مطيتك
فارفق بها وليس من الرفق ان يجيعها ويذيبها لان ترك العبادة لا يجوز فكذا ما يفضي
اليه ومن امتنع من الميتة حال المخمصة او صام ولم يأكل حتى مات اثم لانه ترك
ما هو الفرض من الاكل بخلاف من امتنع من التداوي حتى مات حيث لا يأثم لان
الشفاء منه غير متيقن ولا باس بالتفكه بانواع الفواكه وتركه افضل لما فيه من
مخالفة اشتهاء النفس واتخاذ الاطعمة اي انواع الطعام سرف يقال اسرف
جاوز القصد والسرف بفتحتين اسم منه وكذا وضع الخبز على المائدة اكثر من
قدر الحاجة اي اسراف ومسح الاصابع والسكين بالخبز ووضع المملحة عليه اي على
الخبز مكروه قال في قاضيخان قال ابو القاسم الصفار يكره وضع المملحة على
الخبز ويوضع الملح وحده على الخبز لان وضع المملحة على الخبز استخفاف بالخبز وقال
لا احد في نية الذهاب الى العينا فسوى ان امر برفع المملحة عن الخبز وكذا يكره
تعليق الخبز بالخوان وانما يوضع بحيث لا يتعلق كرامة للخبز وكذا لو وضع الخبز تحت
القصعة لاجل التسوية وقال فيه ايضا اذا كان الرجل على مائدة فناول غيره من

طعام

طعام المائدة ان علم ان صاحبه لا يرضى به لا يحل له ذلك وان علم انه يرضى به لا باس
به واذا اشتبه عليه لا يناول ولا يعطي سائلا وان ناول الضيف شيئا من
الطعام الى من كان ضيفا معه على الخوان تكلموا فيه قال بعضهم لا يحل له ان يفعل
ذلك ولا يحل لمن اخذه ان يأكل ذلك بل يضعه على المائدة واكثرهم جوزوا
ذلك لانه مأذون بذلك عادة ولا يجوز لمن كان على المائدة ان يعطي انسانا
دخل هناك لطلب انسان ولحاجة اخرى وكذلك لا يدفع الى ولد صاحب المائدة
وعبده وكلبه وسنوره رجل دعى قوما الى الطعام وفرقهم على اخونة ليس لاهل
هذا الخوان ان يتناول من طعام خوان اخر لان صاحب الطعام انما اباح لاهل
كل خوان ان يأكل ما كان على خوانه لا غير وقال الفقيه ابو الليث القياس كذلك
وفي الاستحسان اذا اعطى من كان في ضيافته للحاجة وان اعطى بعض
الخدام هناك جاز ايضا رجل اكل خبزا مع اهله فاجتمع كسرات الخبز ولا يشتهي
اكلها فله ان يطعم الدجاجة والشاة والبقر وهذا اولى من الالقاء في النهر
او الطريق الا اذا وضع في الارض ليأكلها النمل وسنة الاكل البسملة في
اوله والحمدلة في اخره وغسل اليدين قبله وبعده ويبدأ في غسل اليد
بالشبان قبله اي قبل الاكل وبالشيوخ بعده واذا غسل قبل الطعام
لا يمسح يده بالمنديل بل يتركه حتى يجف ليكون اثر الغسل قائما عند الاكل كذا في
قاضيخان ولا يحل شرب لبن الاتان لان حكم لبنه حكم لحمه لتولده منه ولحمه
حرام فكذا لبنه وكذا يكره شرب لبن الخيل عند الحج كلحمه عنده ولا يشرب لبن
الجلالة ولا يؤكل لحمها لان النبي عم نهى عن اكلها وشرب لبنها والجلالة هي التي تعتاد
اكل الجيف والنجاسات لان لحمها يكون منتنا فكذا لبنها ولو حبست حتى تزول النتن
حلت ولم يقدر لذلك مدة في الاصل وقدرها في النوادر بشهر وقيل باربعين
يوما وبعشرة ايام في الشاة وثلثة ايام في الدجاجة هذا في الجلالة التي
لا تخلط واما التي تخلط بان تتناول النجاسة والجيف وتتناول غيرهما على وجه
لا يظهر اثر ذلك في لحمها فلا باس به ولهذا يحل اكل جدي غذي بلبن الخنزير
لان لحمه لا يتغير وما غذي به يصير مستهلكا لا يبقى له اثر وعلى هذا قالوا لا باس

باكل الدجاج لانه يخلط ولا يتغير لحمه وما روي ان الدجاج يحبس ثلثة ايام ثم
يذبح فذلك على سبيل التنزه ولو سقي ما يؤكل لحمه خمرا فذبح من ساعته حل
اكله ويكره ولا بول ابل لانه حرام عند ابي ح مطلقا وقال ابو يوسف يحل للتداوي
وقال م يحل مطلقا وقد تقدم في كتاب الطهارة ولا استعمال اناء ذهب او فضة
لرجل او امراة بالاكل والشرب والادهان والتطيب منها والاصل فيه ما روي
عن حذيفة انه قال سمعت رسول الله عم يقول لا تشربوا من انية الذهب
والفضة ولا تاكلوا في صحافها فانهم لهم في الدنيا ولكم في الاخرة و
والادهان والتطيب في معناهما فيلحق بهما بدلالة النص المذكور وقال في
النهاية صورة الادهان المحرم هو ان ياخذ انية الذهب والفضة ويصب الدهن
على الراس اما اذا ادخل يده او اخذ الدهن ثم صبه على الراس من اليد لا يكره
وحل استعمال اناء عقيق وبلور وزجاج ورصاص وكذا حل الشرب من اناء مفضض
والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسي مفضض ويتقي موضع الفضة
في الفم من الاناء وفي الجلوس على السرير والسرج والكرسي وكذا الاناء
المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب وكذا لو جعل ذلك في نصل السيف
او السكين او في قبضتها ولم يضع يده في موضع الذهب والفضة وكذا اللجام
المفضض والركاب المفضض لا يكره هذا عند ابي ح وقال ابو يوسف يكره ذلك
كله ومحمد مع ابي ح في رواية ومع ابي يوسف في رواية على ما سياتي مصرحا

فصل في بيان انواع الكسب افضله الجهاد في سبيل الله لاعلاء كلمة
الله ثم التجارة وكان ابراهيم عم بزازا وكذا كان ابو بكر الصديق بزازا وكان عثمان
تاجرا يجلب الطعام ويبيعه وكذا كان علي تاجرا يكتسب ثم الحراثة وكان ادم عم
ذراعا ثم الصناعة وكان داود عم يصنع الدرع من الحديد وسليمان عم كان
يصنع المكايل وزكريا عم كان نجارا ونبينا محمد عم كان يرعى الغنم وكلهم كانوا ياكلون
من اكسابهم ومنه اي من الكسب فرض وهو قدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء
ديونه لقوله عم الكسب فريضة على كل مسلم ومستحب وهو الزيادة عليه اي على
الفرض ليواسي اي ليقارن به اي بذلك الزيادة اي المستحب فقيرا ويصل به قريبا من

جهة

جهة الابوة او البنوة او الاخوة ومباح وهو الزيادة للتجمل اي اظهار النعمة وهو
وحرام وهو الجمع للتفاخر والبطر يقال بطر بطرا كفر النعمة ولم يشكرها وان وصلية
كان من حل لان الحرمة كانت لقصد التفاخر فلا يفيد كونه من حل وينفق من
كسبه على نفسه وعياله بلا اسراف ولا تقتير اي بلا تضييق في نفقتهم لان
الاسراف افراط والتقتير تفريط وكل منهما ممنوع شرعا بل يتوسط بينهما لقوله
تعالى اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما ومن قدر على الكسب
لزمه اي يكتسب لما روينا من ان الكسب فريضة على كل مسلم وان عجز عنه لزمه
السؤال فانه نوع اكتساب لكنه لا يحل الا عند العجز قال عم السؤال اخر كسب العبد
فان تركه اي السؤال حتى مات جوعا اثم لانه القى نفسه الى التهلكة وان عجز عنه
اي عن السؤال يفرض على من علم به اي بحاله ان يطعمه او يدل عليه من يطعمه
لان من دل على الخير كفاعله ويكره اعطاء سؤال المسجد وان كان لا يتخطى الناس
ولا يمشي بين يدي المصلي لما فيه من اشتغال الناس عن العبادة وقيل ان كان
لا يتخطى رقاب الناس ولا يمر بين يدي مصل لا يكره لما روي انهم كانوا يسألون
في المسجد على عهد رسول الله حتى روي ان عليا تصدق بخاتمه في الصلوة
فمدحه الله تعالى بقوله ويؤتون الزكوة وهم راكعون بخلاف من يتخطى رقاب
الناس ويمر بين يدي المصلي فانه مكروه لما فيه من اذى الناس في التصدق
اعانة على الاذى ولا يجوز قبول هدية امراء الجور لان الغالب في مالهم الحرمة
الا اذا علم ان اكثر ماله من حل بان كان صاحب تجارة او زرع او عقار فح
لا باس به لان اموال الناس لا تخلو عن قليل حرام والمعتبر الغالب وكذلك اكل
طعامهم ولا يكره اجارة بيت بالسواد اي بالقرية ليتخذ بيت نار او كنيسة او بيعة
او يباع فيه الخمر هذا عند ابي ح وعندهما يكره لان فيه اعانة على المعصية ولابي ح
ان الاجرة على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما
المعصية في فعل المستاجر وهو فاعل مختار يفعل باختياره ويكره في المصر
اجماعا لانهم لا يمكنون من اظهار هذه الافعال في الامصار لظهور شعائر الاسلام
في الامصار وفي اظهاره هتك شعائر الاسلام بخلاف السواد لعدم ظهور

شعائر الاسلام فيها وكذا اى يكره في سواد غالبه اهل الاسلام لما ذكرناه في
المصر لان للاكثر حكم الكل بخلاف ما كان غالب اهله الذمى من السواد كسواد
الكوفة ومن حمل الذمى خمرا بالجر طاب له الاجر لان المعصية في شربه وهو
فعل فاعل مختار لا في حمله فيجوز له الاجر وعندهما يكره لانه اعانة على المعصية
والجواب عنه لا نسلم كونه اعانة على المعصية ولا باس بقبول هدية العبد التاجر
لان النبى عم قبل هدية سلمان حين كان عبدا وقبل هدية بريدة حين
كانت مكاتبة واجابة دعوته واستعارة دابته لان كلا من اجابة دعوته
واستعارة دابته في معنى قبول هديته بلا فرق فيها وكره قبول كسوته ثوبا
واهدائه احد النقدين لانه تبرع والعبد ليس من اهل التبرع الا انه جوزت
في الامور المباحة عادة بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى غيره ويقبل
في المعاملات قول الفرد ولو وصلية انثى او عبدا او فاسقا او كافرا كقوله
شريت اللحم من مسلم او كتابى فيحل او من مجوسى فيحرم قال في الكنز ويقبل
قول الكافر في الحل والحرمة وقال الشارح الزيلعى هذا سهو منه لان الحل والحرمة
من الديانات ولا يقبل قول الكافر في الديانات وانما يقبل في المعاملات
خاصة للضرورة لان خبره صحيح لصدوره عن عقل ودين معتقد فيه حرمة
الكذب لان الكذب حرام في جميع الاديان والحاجة ماسة الى قبول قوله لكثرة
وقوع المعاملات معهم فلا يقبل في الديانات لعدم الحاجة اليه الا اذا كان
فيها ضرورة وكم من شئ لا يصح ويصح ضمنا الا ترى ان بيع حق الشرب وحده
لا يجوز وبيعه مع الارض يجوز فكذا هنا حتى اذا كان له خادم او اجير مجوسى
فارسله ليشترى له لحما فقال اشتريته من يهودى او نصرانى او مسلم وسعه
اكله وان قال اشتريته من مجوسى لا يسعه اكله لانه لما قبل في حق الشراء منه
لزمه قبوله في حق الحل والحرمة ضرورة لما ذكرناه وان كان لا يقبل قوله فيه
مقصودا بان قال هذا حلال او هذا حرام انتهى كلامه فظهر انه لو حمل الحل والحرمة
في كلام الكنز على الحل والحرمة في ضمن المعاملات لم يكن كلامه سهوا وفي كلام
المص اشارة الى ما ذكره الزيلعى تامل وقبل قول العبد والامة والصبى في الهدية

اى

اى ان جاء العبد او الامة او الصبى بشئ في يده فقال اهدى فلان اليك هذا
الشئ قبل قولهم لان الهدايا تبعث عادة على ايدى هؤلاء وكذا اذا جاءت الامة
وقالت لرجل بعثنى مولاى اليك هدية وسعه ان ياخذها ويستعملها ويطأها
بهذا الخبر لانه لا فرق بينها اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها ولان قبول
الهدية من باب المعاملات وقول هؤلاء مقبول في المعاملات للمخبر لا غير فاذا
كان المخبر مميزا يقبل قوله عبدا كان او حرا مسلما كان او كافرا صغيرا كان او كبيرا
ولا يشترط العدالة فيها لان وقوع المعاملات كثير واشتراط العدالة فيها يفضى
الى الحرج بخلاف الديانات فان وقوعها قليل فلا يفضى اشتراط العدالة فيها الى
الحرج فان قيل ان حل وطئ الامة التى قالت لرجل بعثنى مولاى اليك هدية من
باب الديانات فكيف يقبل قول الامة فيها قلنا ان حل وطئها انما ثبت في ضمن
قبول نفسها هدية لا قصدا ورب شئ لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا والاذن كما اذا
قال العبد او الصبى انا ماذون فلان لانه لو لم يقبل قوله في الاذن لوقع الناس
في حرج عظيم لانه لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في
الارض والمبايعة في السوق وخبر الوكالة مثل الاذن وشرط العدالة في
الديانات لانها لا يكثر وقوعها مثل وقوع المعاملات فلا يفضى اشتراط العدالة
فيها الى الحرج كما في المعاملات فلا يقبل فيها قول الفاسق والكافر والصغير
لعدم عدالتهم اما الفاسق فظاهر وكذا الكافر واما الصغير فلانه ليس من اهل
العدالة ولان الكافر والصغير ليسا من اهل ان يلتزما حكما من الديانات فليس
لهما ان يلزما غيرهما وكذا لا يقبل قول العبد والامة في الديانات اذا كانا
فاسقين واما اذا كانا عادلين فيقبل قولهما فيها لترجح جانب الصدق بالعدالة
كالخبر عن نجاسة الماء فيتيمم ان اخبر بها مسلم عدل ولو وصلية انثى او عبد
يعنى يقبل قول الواحد العدل المسلم ولو انثى او عبدا في اخبار نجاسة الماء فلا يتوضأ
به بل يتيمم ويتحرى في الفاسق والمستور يعنى لو اخبر الفاسق او المستور بنجاسة
الماء لا يقبل قوله بل يتحرى ثم يعمل بغالب رايه ان كان اكبر رايه انه صادق يتيمم وان
كان انه كاذب يتوضأ ولو اراق ذلك الماء فيتيمم عند غلبة صدقه وتوضأ ويتيمم

عند غلبة كذبه كان احوط لان التحري دليل ظني فلا يسقط باحتمال الكذب فلو اراقه
ثم تيمم عند غلبة صدقه كان احوط قال في الهداية ومن الديانات الحل والحرمة
اذا لم يكن فيه زوال الملك يعني ان الحل والحرمة يقبل فيها خبر الواحد العدل لانه يحل الاكل
والشرب والاطعام ولو اخبر بحله يجوز الاكل والشرب لان الحل والحرمة حق
الله تعالى فيثبت بخبر الواحد العدل ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت
بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك واما اذا تضمن زوال الملك
فلا يقبل قوله كما اذا اخبر رجل او امراة عدل الزوجين بانهما ارتضعا من امراة
واحدة لا يقبل بل لا بد فيها من شهادة رجلين او رجل وامراتين لان الحرمة
هنا مع بقاء النكاح غير متصور فكان متضمنا لزوال الملك **فصل** في
بيان اللبس الكسوة منها اي من الكسوة فرض وهو ما يستر العورة ويدفع ضرر الحر
والبرد لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يستر عورتكم عند الصلوة
ولانه لا يؤدي الصلوة الا بستر العورة فتكون فرضا لان كل ما لا يتوصل الى
الفرض الا به فهو فرض فالكسوة فرض فصار نظير الطعام والشرب الفرض
والاولى كونه من القطن او الكتان قال في الاختيار وهو الماثور وابعد عن
الخيلاء بين النفيس والخسيس لانه لو كان خسيسا يحتقر ولو كان نفيسا ياخذه
الجبارون وعن النبي عم انه نهى عن الشهرتين وعما كان فيه نهاية النفاسة وما كان
فيه نهاية الخساسة وخير الامور اوسطها وينبغي ان يلبس الغسيل في عامة الاوقات
ولا يتكلف الجديد كذا في الاختيار ومستحب وهو الزائد لاخذ الزينة واظهار
نعمة الله تعالى قال في الاختيار الكسوة منها فرض وهو ما يستر العورة ويدفع
الحر والبرد قال الله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يستر عورتكم عند
الصلوة ومستحب وهو ستر العورة واخذ الزينة قال عم ان الله يحب ان يرى
اثر نعمته على عبده انتهى اقول في كل من كلام المص والاختيار بحث اما في كلام المص
فلانه ان اراد باخذ الزينة ستر العورة كما ذكره في الاختيار في تفسير
الاية المذكورة فليس هذا زائدا على الفرض بل عين الفرض وان اراد به لاخذ الشهرة
والتلذذ الدنياوي فهو ليس بمستحب بل مباح او مكروه وان اراد اظهار نعمة الله تعالى

فلابد من بيانه واما في كلام الاختيار فلانه ان اراد باخذ الزينة ستر العورة
كما فسره اولا في الاية المذكورة فلا مغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه فلا يكون
مستحبا بل فرضا وان اراد به اظهار اثر نعمة الله تعالى كما دل عليه ما رواه
مرفوعا فلا بد ان يذكر مجيء اخذ الزينة بمعنى اظهار اثر نعمة الله تعالى قال
في الخلاصة نقلا عن النوازل خرج رسول الله عم ذات يوم وعليه رداء
قيمته الف درهم وربما قام الى الصلوة وعليه رداء قيمته اربعة الاف درهم
وابو ح كان يرتدي برداء قيمته اربعمائة دينار وكان يقول لتلامذته اذا رجعتم
الى اوطانكم فعليكم بالثياب النفيسة وقال الامام السرخسي ينبغي ان يلبس
في عامة الاوقات الغسيل ويلبس الاحسن في بعض الاوقات اظهارا للنعمة
الله تعالى ولا يلبس في جميع الاوقات لان ذلك يؤذي المحتاجين ومباح
وهو الثوب الجميل للتزين في الجمع والاعياد ومجامع الناس ومن هذا القبيل
ما ذكرناه عن الخلاصة من رداء رسول الله عم ورداء ح وقد روي ايضا
انه عم كان فيه فنك يلبسها يوم عيد واهدى له المقوقس قباء مكفوفا بالحرير
كان يلبسه للجمع والاعياد ومكروه وهو اللبس للتكبر للنهي عنه ويستحب الابيض
لقوله عم خير ثيابكم البيض وان الله تعالى يحب الثياب البيض والاسود كذا في
السير الكبير ذكره في الخلاصة ويكره الاحمر والمعصفر لان النبي عم نهى عنه
والسنة ارخاء طرف العمامة بين كتفيه قدر شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل
الى موضع الجلوس والمروي عن رسول الله عم هو الارخاء بين كتفيه ثم اختلفوا
في قدر المرسل على هذه الاقوال الثلث لعدم التيقن بالقدر واذا اراد تجديد
لفها نقضها كما لفها اي لا يلقيها على الارض دفعة واحدة بل ينقضها كورا كورا كذا
نقل عنه عم ولا باس بلبس القلانس وقد صح انه كان لرسول الله عم قلانس
يلبسها ويحل للنساء لبس الحرير ولا يحل للرجال الا قدر اربع اصابع كالعلم والاصل
ما رواه ابو موسى الاشعري ان النبي عم احل الذهب والفضة والحرير للاناث من
امته وحرم على ذكورها وروي كثير في معناه وقال في الخلاصة ان كان
الثوب من غير الحرير وعلمه من الحرير ان كان قدر اربع اصابع مضمومة لا باس به

فان زاد على اصابع يكره فقدر اربع اصابع بما كانت مضمومة لا منشورة وقيل منشورة في
العرض دون الطول وقيل قدر الاصابع كما هي وقال في قاضيخان روى بشر عن
الح انه لا باس بالعلم في الثوب من الحرير اذا كان اربع اصابع او دونها ولا باس
بتوسده اي استعمال الوسادة من الحرير تحت راسه او جنبه وافتراشه عند الح
خلافا لهما قال في الخلاصة وتعليق الستور من الحرير على الابواب والحيطان
على هذا الخلاف ثم ما ذكره المص من اتفاق الامامين في ذلك هو وضع الصدر
الشهيد والقدوري وذكر ابو الليث قول ابي يوسف مع الح فعلم منه ان عن ابي يوسف
روايتين ولا باس بلبس ما سداه ابريسم ولحمته غيره من القطن او الكتان او
الخز سواء كان غالبا او مغلوبا او مساويا للحرير مختلطا او خالصا لان الثوب
لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة ولان اللحمة تظهر في المنظر
فيكون العبرة لما يظهر دون ما يخفى قال في المصباح السدى وزان الحصى
من الثوب خلاف اللحمة وهو ما يمد طولا في النسج ولحمة الثوب بالفتح ما ينسج
عرضا والضم لغة فيه والكسر انكره الكسائي وعكسه اي ما لحمته ابريسم وسداه
غيره لا يلبس بالاجماع الا في الحرب للضرورة فيه ولانه يرى مهيبا في عين
العدو ويكره لبس خالصه فيها اي في الحرب عند الح خلافا لهما لما روى
انه عم رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولابح اطلاق النصوص
الواردة في النهي عن لبس الحرير لانه لا تفصيل فيها بين حال وحال والضرورة
المرخصة في الحرب اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير فلا حاجة الى الخالص
ويجوز للنساء التحلي بالذهب والفضة لا للرجال لورود النهي عنه في حق الرجال
دون النساء فبقي في حقهن على الاصل الا الخاتم والمنطقة وحلية السيف
من الفضة دون الذهب لورود الآثار في جواز التختم بالفضة دون الذهب
والقول بانه لا باس به غير صحيح على ما في الخلاصة وكان للنبي عم خاتم فضة وكان
في يده الشريفة حتى توفي ثم في يد ابي بكر الى ان توفي ثم في يد عمر الى ان
توفي ثم في يد عثمان الى ان وقع في البئر فانفق مالا عظيما في طلبه فلم يجده
ووقع الخلاف فيه بينهم والتشويش من ذلك الوقت الى ان استشهد رض ولا ينقش

في

في خاتمه صورة انسان او طير او هوام او حيوان بل ينقش اسمه او اسم ابيه او اسما
من اسماء الله تعالى ولا ينقش محمد رسول الله لانه نقش خاتم رسول الله
بثلثة اسطر كل كلمة سطر ونقش خاتم ابي بكر نعم القادر الله ونقش خاتم عمر كفى
بالموت واعظا يا عمر ونقش خاتم عثمان لتصبرن او لتندمن ونقش خاتم علي
الملك لله وخاتم الح قل الخير والا فاسكت ويجوز مسمار قال في المصباح المسمار
ما يسمر به والجمع مسامير وسمرت عند تحليها بمسمار محمر في النار والمراد به هنا
وتد من الذهب في ثقب الفص لانه تابع للفص كالعلم في الثوب فيجوز تبعا
للفص ويجوز كتابة الثوب بذهب او فضة لانها تابعة للثوب فيجوز وشد
السن بالفضة ولا يجوز شد السن بالذهب عند الح خلافا لهما جعل ابا يوسف
مع محمد وهو اختيار بعض المشايخ وجعله بعضهم مع الح واذا سقط السن هل
يعيدها الى مكانها ففي الخلاصة لا يعيدها لكن ياخذ سن شاة ذكية ويضعها
مكانها وقال ابو يوسف ياخذ سن نفسه ولا ياخذ سن غيره ويجوز الصلوة
مع سنه ولا تجوز مع سن غيره وبينهما فرق لم يحضره قال محمد يجوز الصلوة
مع سن غيره اذا كانت مشدودة بالذهب او الفضة ولا يتختم بحجر ولا صفر
ولا حديد لان النبي عم نهى عن التختم بها وقيل يباح بالحجر اليشب قال في الخلاصة
نقلا عن الجامع الصغير لا يتختم الا بالفضة ثم قال وهذا نص على ان التختم بالحجر
الذي يقال له يشم حرام والاصح انه لا باس به ثم قال اذا تختم بالفضة ينبغي ان
يكون الفص الى بطن الكف بخلاف النساء ويجعله في اليد اليسرى في الخنصر
وقوله عم اجعلها في يمينك كان في الابتداء ثم صار ذلك من علامات
اهل البغي والحلقة هي المعتبرة وانما يجوز التختم بالفضة اذا كان على هيئة خاتم
الرجال اما اذا كان على هيئة خاتم النساء بان كان له فصان او ثلثة يكره للرجال
اتخاذ خاتم فضة من عقيق او فيروزج او ياقوت ونقش عليه اسمه او اسما من
اسماء الله تعالى لا باس به انتهى وترك التختم افضل لغير السلطان والقاضي وقال
في الخلاصة ونحوهما من يحتاج الى التختم ويجوز الاكل والشرب من اناء مفضض
والجلوس على سرير مفضض بشرط اتقاء موضع الفضة ويكره عند ابي يوسف

وعند محمد روايتان في رواية مع ابي حنيفة وفي رواية مع ابي يوسف ويكره الباس
الفتى ذهبا او حريرا لانه لما حرم لبسها حرم الباسها ايضا كالخمر لما حرم شربه حرم
سقيه ايضا والاثم على الملبس ويكره حمل خرقة لمسح العرق او المخاط او الوضوء ان
كان للتكبر وان كان للحاجة فلا يكره هو الصحيح قال في الخلاصة ان كل ما كان على
وجه التكبر يكره وما كان للحاجة لا يكره ونظيره التربع في الجلوس والاتكاء
ان فعل تكبرا يكره وان فعل لحاجة لا يكره والرتم لا باس به وهو خيط التذكر
يعقد في اصبعه او في خاتمه ليتذكره كما في عادة الحالية والرتيمة بمعنى الرتم

فصل في النظر ونحوه من المس والمصافحة وتقبيل اليد ويحرم النظر
الى العورة من رجل او امراة الا عند الضرورة كالطبيب والخاتن والخافضة
وفي المغرب الخفض للجارية كالختن للغلام وجارية مخفوضة اي مختونة والقابلة
اي المراة التي تقطع سرة الولد عند الولادة فانها لو نظرت عند الخفض والقطع
والولادة فرج المراة يجوز للضرورة والحاقن اي من يستعمل الحقنة فانه
لو نظر الى دبر الرجل عند الحقنة يجوز للضرورة ولا يتجاوز قدر الضرورة لان
ما ثبت بالضرورة لا يتجاوز محلها وينظر الرجل من عضو الرجل الى ما سوى العورة
وهي ما تحت سرته الى تحت الركبة فالركبة عورة لا السرة لكن حكم العورة في
الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في الفرج وقد بينت في
الصلوة وبيناه ثمه ايضا وتنظر المراة حرة او امة مسلمة او كافرة كما سبق
كما في القهستاني من عضو المراة حرة او امة مسلمة او كافرة كما سبق ومن عضو
الرجل الى ما ينظر الرجل من عضو الرجل اعني ما تحت السرة الى ما تحت الركبة
لكنه ان امنت المراة الناظرة الشهوة لان ما ليس بعورة لا يختلف فيه النساء
والرجال والا فلا يجوز النظر وينظر الرجل الى جميع بدن زوجته وامته التي
يحل له وطؤها لقوله عم غض بصرك الا عن امتك وامراتك قيد لا من يحل
الوطء لانها اذا لزمت عليه كالامة المجوسية او المشركة او كانت امه او اخته من
الرضاع او ام امراته او بنتها فلا يحل له النظر الى فرجها ومن محارمه اي من لا يجوز
له نكاحه على التابيد كان او سببا كالرضاع والمصاهرة وامة غيره الى الوجه

والراس

والراس والصدر والساق والعضد لان بعض المحارم يدخل بعضها بلا استيذان
والمراة في بيتها في ثياب البذلة عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع منها
لادى الى الحرج ولا باس بمسه اي مس الرجل عضوا من الاعضاء المذكورة من
محارمه ومن امة غيره كما لا باس في النظر اليه لكنه لا مطلقا بل بشرط
امن الشهوة في النظر والمس والا فلا يجوز اصلا ولا ينظر الى البطن والظهر
والفخذ من محارمه ومن امة غيره وان وصليه امن اذ لا ضرورة في كشف
هذه الاعضاء بخلاف الاعضاء السابقة ولا الى الحرة الاجنبية الا الى الوجه
والكفين ان امن الشهوة للضرورة في النظر الى الوجه والكفين لحاجتها اليه
في المعاملة في الاخذ والاعطاء والا اي وان لم يامن الشهوة فلا يجوز
النظر الى الوجه والكفين ايضا لغير الشاهد عند الاداء والحاكم عند الحكم
فانه يجوز للشاهد عند اداء الشهادة ان ينظر الى وجه المراة وان خاف ان يشتهي
لضرورة الاداء وينبغي ان يقصد بنظره اداء الشهادة لا قضاء الشهوة
وكذا الحاكم يجوز له ذلك عند الحكم لضرورة القضاء ويقصد به القضاء
وكذا الطبيب يجوز له ان ينظر الى موضع المرض لضرورة الدواء لا غيره لعدم
الضرورة في غيره ويقصد به الدواء ولا يجوز مس ذلك اي مس وجه
الاجنبية ولا كفها وان وصليه امن الشهوة ان كانت شابة لوجود المحرم وانعدام
الضرورة والبلوى ويجوز مس وجهها وكفها ان كانت عجوزا لا تشتهى لعدم
المحرم ايضا ويجوز النظر والمس مع خوف الشهوة عند ارادة الشراء والنكاح
يعني يجوز له النظر والمس كل موضع يجوز له ان ينظر اليه ويمس به كالصدر
والساق والذراع والراس وتحت شعرها ان امن الشهوة والا فلا الا عند
قصد الشراء او النكاح فانه يجوز له النظر والمس بتلك المواضع وان لم يامن
الشهوة لضرورة الشراء والنكاح ثم جواز المس في شراء الامة لا في نكاح
الحرة العبد مع سيدته كالاجنبي حتى لا يجوز لها ان تبدي من زينتها الا ما يجوز
ان تبدي به للاجنبي ولا يحل له ان ينظر من سيدته الا ما يجوز ان ينظر اليه
من الاجنبية وقال مالك والشافعي نظر العبد الى سيدته كنظر الرجل الى محارمه

والمجبوب اي من يقطع آلته والخصي اي من يقطع خصيته كالفحل اما المجبوب فلانه يسحق
فينزل قيل ان كان المجبوب قد جف لا باس في اختلاطه مع النساء لوقوع الامن
من الفتنة واما الخصي فلقول عائشة رض الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله
وقيل هو اشد الناس جماعا لان آلته لا تفتر بالانزال وكذا المخنث في الردي
من الافعال كالفحل فلا يجوز اختلاطه مع النساء لانه كغيره من الرجال بل هو من
الفساق فيبعد من النساء بخلاف من كان مخنثا لتكسر ولين في اعضائه ولسانه
ولا يشتهي النساء فانه قد رخص له بعض مشايخنا في الاختلاط بالنساء
ويكره للرجال ان يقبل من التقبيل الرجل او يعانقه في ازار بلا قميص وعند
ابي يوسف لا يكره قيل ان كان على وجه الشهوة يكره وان كان على وجه البر والكرامة
لا يكره وقيل اول من عانق ابراهيم خليل الله مع الاسكندر في مكة ولا باس
بالمصافحة لما روي ان انسا قال قلنا لرسول الله اينحني بعضنا لبعض قال لا قلنا
ايعانق بعضنا بعضا قال لا قلنا ايصافح بعضنا بعضا قال نعم ويقبل يد العالم
والسلطان العادل اي لا باس به لانه تعظيم لمن هو اهل له ويعزل عن امته بلا اذنها
لقوله عم لمولى الامة اعزل عنها ان شئت لا عن زوجته لنهيه عم عن العزل عن الحرة
الا باذنها العزل ان يطا فاذا قرب الى الانزال اخرج الآلة ولم ينزل في الفرج
ولا تعرض الامة على البيع اذا بلغت حد الشهوة في ازار وحده اي ما يسترها
بين السرة الى الركبة لان ظهرها وبطنها عورة لا يجوز كشفها فلا يعرض على البيع
مكشوفا **فصل** في الاستبراء يقال استبرا الجارية يعني طلب براءة
رحمها من الحبل واعلم ان الاستبراء واجب وله سبب وعلة وحكم اما وجوبه
فلقوله عم في سبايا اوطاس الا لا توطا الحبالى حتى يضعن حملهن ولا
الحبالى حتى يستبرئن بحيضة لان هذا النص وجود الملك واليد لا يكون الا للوجوب
واما سببه وهو استحداث الملك واليد سبب من اسباب الملك واما علته
فهو ارادة الوطي واما حكمه فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن
الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهمه عند
محتوم بان لا يكون من بغي من ملك امة بشراء او غيره كهبة او وصية او ميراث

اوبدل

او ببدل خلع او مهر او صلح يحرم عليه وطؤها ودواعيه من المس والقبلة والنظر
الى فرجها بشهوة حتى يستبرئ بحيضة فيمن تحيض وشهر في غيرها من
الصغيرة والآيسة والمنقطعة عن الحيض فان الشهر قائم مقام الحيض في
العدة فكذا في الاستبراء فاذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام
لان القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل تبطل حكم البدل كالمعتدة بالاشهر
اذا حاضت وفي مرتفعة الحيض لا باس بان صارت ممتدة الطهر وهي
ممن تحيض بثلثة اشهر وعند محمد باربعة اشهر وعشرة ايام وفي رواية
عن محمد بنصفها اي شهران وخمسة ايام وقيل يتركها حتى يتبين انها ليست
بحامل وفي الحامل بوضعه اي الحمل ولو وصلية كانت اي من ملك امة
يحرم عليه وطؤها حتى يستبرئ ولو كانت تلك الامة بكرا او مشرية من امرأة
او مال طفل بان باعه ابوه او وصيه او اشتراه من مال ولده الصغير او ممن
يحرم عليه وطؤها لوجود السبب وهو استحداث الملك واليد وتحقق العلم بعدم
وطي المولى ما لا اثر له فيه لان الاحكام تدور على الاسباب وصورة الاخير
سلمن ورث الامة وهي موطوءة ابيه او اخته رضاعا ويستحب الاستبراء
للبائع ولا يجب عليه يعني اذا اراد المولى ان يبيع امته وقد كان يطاها يستحب
له ان يستبرئها قبل البيع بحيضة وليس ذلك بواجب عليه كذا في الحاوي
القدسي وقال في قاضيخان من اراد ان يشتري جارية ولا يلزمه الاستبراء
فالحيلة ان يزوجها البائع من رجل يثق به ثم يبيعها من المشتري فيقبضها المشتري
ثم يطلقها زوجها ويستحب للبائع ان يستبرئها قبل ان يزوجها انتهى فعلى هذا
المناسب ان يذكر هذه المسئلة في بيان الحيلة ولا تكفي في الاستبراء
حيضة ملكها اي الامة فيها اي في تلك الحيضة يعني في اثنائها ولا الحيضة
التي رأتها قبل القبض بعد استحداث الملك بالشراء او غيره من اسباب الملك
من الهبة والوصية والارث خلافا لابي يوسف فيهما فانه قال يكفي كل من هاتين
الحيضتين لحصول المقصود بها وهو تعرف براءة الرحم قلنا الواجب عليه هو الحيضة
وهو اسم للكاملة وهي في الاولى لم تكن بعد استحداث الملك بل وجد بعضها

بعده وفي الثاني وجدت الحيضة قبل ان يجب عليه باستحداث الملك او قبل
الاجازة في بيع الفضولي يعني باع الفضولي امة رجل من رجل فحاضت الامة
بعد البيع قبل اجازة المولى البيع لا تكتفي تلك الحيضة في الاستبراء سواء كان
المشتري قبضها او لم يقبضها بل لا بد له من الحيضة بعد الاجازة والقبض وكذا
الولادة اي لا تكتفي الولادة الحاصلة بعد وجود اسباب الملك من البيع والهبة
وغيرها قبل القبض لتحقق تلك الولادة قبل تمام السبب فان السبب وهو استحداث
الملك انما يتم بالقبض وفيه خلاف ابي يوسف ايضا وتكتفي حيضة وجدت بعد
القبض وهي اي الامة مجوسية فاسلمت لان تلك الحيضة وجدت بعد السبب
وهو استحداث الملك مع اليد فتكفي من الاستبراء وكذا لو اشترى امة مسلمة ثم
كاتبها وحاضت هي في اثناء الكتابة ثم عجزت عن الكتابة تكفي تلك الحيضة عن
الاستبراء لوجودها بعد السبب بخلاف الحيضة الحاصلة بعد القبض في
الشراء الفاسد قبل ان يشتري صحيحا فانها لا تكفي ويجب الاستبراء عند تملك
نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما لان السبب قد تم في ذلك الوقت
والحكم يضاف الى تمام العلة وهو آخر الاوصاف لا يجب عند عود الابقة ورد
المغصوبة والمستاجرة وفك المرهونة لانعدام السبب في كل من هذه الصور
الاربع وهو استحداث الملك مع اليد وهو سبب متعين هنا فادير الحكم عليه
وجودا وعدما كذا في الهداية وفسر الابقة في العناية بالتي ابقت في
دار الاسلام ثم رجعت الى مولاها فان ابقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من
الوجوه فكذلك الحال عند ابي ح لانهم لم يملكوها فلم يحدث الملك وعندهما يجب
عليه الاستبراء لانهم ملكوا عندهما ولو اقال البيع قبل قبض المشتري لا يجب على
البايع الاستبراء وكان ابو ح يقول اولا على البايع الاستبراء لانها زالت عن
ملكه بالبيع والان ملكها ثم رجع عنه وقال لا يجب وهو قولهما لان الاقالة
فسخ من الاصل قضاء كانه لم يكن ولو اشترى من عبده المأذون له في التجارة
امة قد حاضت عنده ان لم يكن على العبد دين تكفي تلك الحيضة عن الاستبراء
لانها كانت في ملكه ويده لانها دخلت في ملك المولى ويده وقت الشراء و

وان كان عليه دين مستغرق فكذا عندهما وعند ابي ح لا تعتد بتلك الحيضة ولو باع
جارية على انه بالخيار وقبضها المشتري ثم ابطل البيع في مدة الخيار لا يجب الاستبراء
لعدم خروجها عن ملكه بخلاف ما لو باعها بيعا فاسدا وسلمها الى المشتري ثم
استردها بقضاء او رضاء كان عليه الاستبراء ولو باع ام ولده او مدبرته
وقبضها المشتري ثم استردها لا يجب عليه الاستبراء ان كان المشتري لم يطأها
وان كان وطئها فعليه الاستبراء فلو زوجها بعد الاستبراء وطلقها الزوج
قبل الدخول لا يلزمه الاستبراء في ظاهر الرواية ولو زوجها قبل الاستبراء
وطلقها الزوج قبل الدخول فالمختار انه يجب ولا تكره الحيلة لاسقاطه اي
الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد والوجه ما تقدم في الشفعة ويؤخذ
بالاول اي بقول ابي يوسف ان علم عدم الوطء من المالك الاول اي في الطهر
الذي يوجد فيه سبب الملك ويؤخذ بالثاني اي بقول محمد ان احتمل وطء المالك
الاول في الطهر الذي وجد فيه السبب والحيلة ان لم تكن تحته اي تحت
المشتري حرة لانه لو كانت تحته حرة لا يمشي هذه الحيلة لعدم جواز نكاح الامة
على الحرة ان يتزوجها اي يتزوج تلك الامة من يريد شراءها ثم يشتريها هكذا
اطلقه في بعض الكتب ولا بد ان يقيد الشراء بكونها بعد قبض الامة بعد
التزوج لما ذكره في قاضيخان في بيان هذه الحيلة انه اذا اراد ان يشتري
الجارية يتزوجها المشتري قبل الشراء اذا لم يكن في نكاحه حرة ثم يسلمها
اليه المولى ثم يشتري منه فلا يجب عليه الاستبراء وانما شرط تسليم الجارية اليه
قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح بحكم الشراء وقال
الامام ظهير الدين عندي يشترط ان يدخل بها بحكم النكاح قبل الشراء لان
ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقا على الشراء ضرورة ان ملك النكاح لا يجامع
ملك اليمين فاذا كان فساد النكاح سابقا على الشراء لم يكن عند الشراء منكوحة
ولا معتدة اما اذا دخل بها قبل الشراء فاذا فسد النكاح يصير معتدة قبل الشراء
فلا يلزم الاستبراء انتهى ما ذكره قاضيخان وان كانت تحته حرة فالحيلة ان
البايع قبل البيع او يزوجها المشتري بعد البيع قبل القبض اي ممن يوثق به في التطليق

ثم يطلق الزوج بعد الشراء والقبض ان زوجها البائع او القبض ان زوجها المشتري
قبل القبض وهو الآن عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض
اذ لم يكن فرجها حلالا له لكونها منكوحة الغير لا يجب عليه الاستبراء وان حل
بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير في تلك الحالة
هكذا ذكره في الهداية والزيلعي وقال في قاضيخان في بيان هذه الحيلة ويشترط
ان يكون طلاق الزوج بعد قبض المشتري فان طلقها قبل القبض كان على
المشتري ان يستبرئها اذا قبضها في اصح الروايتين عن محمد لانه اذا طلقها قبل
القبض فاذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد فيصير كانه اشتراها
في هذه الحالة وهي ليست في نكاح ولا عدة فيلزم الاستبراء انتهى وانما قيدنا
الزوج بمن يوثق به لانه اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتيالا عليه فالحيلة
في تمشيته هذه الحيلة ان يزوجها على ان يكون امرها بيده يطلقها متى شاء
ومعنى كون امرها في يده في التطليق ما ذكره الامام قاضيخان في فصل
النكاح على الشرط اذا زوج المولى امته من عبده وابتدأ المولى فقال زوجتك
هذه على ان امرها بيدي فقال العبد قبلت جاز النكاح ويكون الامر بيد المولى
في التطليق وقال في قاضيخان ايضا نقلا عن ابي الليث اذا ابتدأت المرأة فقالت
زوجت نفسي منك على اني طالق او على ان يكون الامر بيدي اطلق نفسي متى شئت
فقال الزوج قبلت جاز النكاح ويقع الطلاق ويكون الامر بيدها على ما بينه ثم
فارجع اليه فالحيلة في تمشية الحيلة المذكورة على وجهين احدهما كون المولى
مخيرا في تطليقها والثاني كون الامة مخيرة فيه ومن ملك امتين لا يجتمعان
نكاحا كالاختين او البنت وامها نسبا او رضاعا فله وطء احديهما فقط
ودواعيه كالقبلة والمس والنظر بشهوة فان وطئها او فعل بها شيئا من الدواعي
حرم عليه وطء كل منهما ودواعيه حتى يحرم من التحريم احديهما بملك اي بان يملكها
من الغير بالبيع او الهبة ونحوهما او نكاح او عتق او كتابة قال في الزيلعي تمليك
البعض من احديهما كتمليك الكل وكذا اعتاق البعض كاعتاق الكل اما عندهما فظ
واما عند ابي حنيفة فلانه وان كان لا يتجزى لكنه يحرم به الفرج لان معتق البعض كالمكاتب

عنده

عنده وكتابة احديهما كاعتاقها في تحريم فرجها واما لو رهن احديهما او اجر احديهما
او دبر فلا يحل له الاخرى لان فرجها لا يحرم بهذه الاسباب والمراد بالنكاح النكاح
الصحيح على ما يشعر به اطلاقه لانه اذا زوج احديهما بالنكاح الفاسد لا تحل له
الاخرى لان فرجها لا يحرم عليه بالنكاح الفاسد فلا يباح له وطء الاخرى
الا ان يدخل الزوج بها في النكاح الفاسد لانه يجب العدة عليها والعدة
كالنكاح الصحيح في التحريم وهل يلزم عليه الاستبراء بعد تحريم احديهما بهذه
الاسباب فقال في شرح النقاية المستحب ان يمس الاخرى بعد تحريم احديهما
بهذه الاسباب حتى يمضي حيضة على الحرمة بالاخراج عن ملكه بهذه الاسباب
وهذا احد انواع الاستبراء المستحب وله انواع اخر منها ما اذا اراد ان يبيع جاريته
ومنها ما اذا اراد تزوجها ومنها ما اذا تزوجها **فصل** في البيع ويكره
بيع العذرة بفتح العين وكسر الذال اي الغائط وكذا بيع كل ما انفصل عن
الآدمي كالشعر والظفر فانه جزء الآدمي انفصل منه ولذا وجب دفنه على
ما في شرح النقاية نقلا عن القرماشي وغيره والمراد بالكراهة البطلان
على ما في شرح النقاية ايضا خالصة عن التراب لانها نجس عين وعن ابي ح
يجوز الانتفاع بها خالصة ايضا وجاز بيعها لو مخلوطة بالتراب وذلك
بان يخلط بها التراب والرماد دون العكس فان حل النجس ممنوع في الصحيح
احترز به عما نقل عن المحيط انه انما يصح بيع المخلوط لو كان ما خلط فيه من
التراب وغيره غالبا والا فلا والصحيح انه يصح غالبا او مغلوبا وجاز بيع السرقين
وقال الشافعي لا يجوز كبيع العذرة قلنا انه مما ينتفع به في عموم البلد لاستكثار
الزرع وان كان نجسا بخلاف العذرة فانه لم يجر العادة بالانتفاع بخالصها
وكذا بيع ما انفصل من غير الآدمي كما في الكفاية ويكره بيع طين الاكل
وخاتم الحديد والصفر ونحوه كما في القنية والانتفاع كالبيع فما جاز بيعه
جاز الانتفاع بعينه ايضا سائر الوجوه وما لا فلا ومن رأى جارية رجل مع
آخر يبيعها قائلا وكلني صاحبها به او اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق
بها علي ووقع في قلبه صدقه حل له شراؤها منه ووطؤها لانه اخبر بخبر صحيح

لا منازعة له فيه وقول الواحد في المعاملات مقبول بشرط ان يكون مميزا ويجوز
بيع بناء مكة بالاجماع لانه ملك بانيها كمن بنى على ارض الوقف باذن المتولي جاز
بيعه ويكره بيع ارضها واجارتها عند ابي ح خلافا لهما وقولهما رواية عن الامام
لهما ان ارضها مملوكة لظهور الاختصاص الشرعي بها كبنائها ولابي ح قوله عم مكة
حرام لا يباع رباعها ولا تورث ولانها حرمة معتبرة لانها فناء الكعبة وقد ظهر
اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في
حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني وله ايضا قوله عم من اجر ارض
مكة فكانما اكل الربوا ويكره الاحتكار اي احتباس الطعام لارادة الغلاء والثمن
في اقوات جمع قوت وهو ما يؤكل ليمسك الرمق كذا في المصباح الا دميات
والبهائم ببلد يضر الاحتكار باهله بان كان البلد صغيرا بخلاف ما اذا لم يضر
باهله بان كان البلد كبيرا فانه لم يكره لانه حابس ملك نفسه من غير اضرار
باهله والاصل في هذا قوله عم الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه
تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم
فيكره وتلقي الجلب على هذا التفصيل ايضا على ما تقدم قبيل باب الاقالة من
كتاب البيع ثم تخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول
ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف يكره الاحتكار في كل ما يضر احتكاره بالعامة
اي عامة البلد ولو ذهبا او فضة او ثوبا اعتبارا بحقيقة الضرر لانه هو المؤثر في
الكراهة وقالا المعتبر الضرر المتعارف المعهود قالوا لا احتكار اذا قصرت المدة
لعدم الضرر فيه واذا طالت المدة يكون احتكارا لتحقق الضرر فيه ثم اختلفوا في
حد المدة قيل انها مقدرة باربعين يوما لقوله عم من احتكر طعاما اربعين ليلة
فقد برئ من الله تعالى وبرئ الله منه وقيل مقدرة بالشهر لان ما دونه قليل
عاجل والشهر وما فوقه اجل ويقع التفاوت في الاثم بين ان يتربص العزة
وبين ان يتربص القحط العياذ بالله وقيل تقدير المدة للمعاقبة في الدنيا واما
الاثم فيحصل بمجرد الاحتكار وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير
محمودة كذا في الهداية والزيلعي واذا رفع الى الحاكم حال المحتكر امره الحاكم ببيع ما

يفضل

يفضل عن حاجته اي حاجة المحتكر فان امتنع المحتكر عن البيع باع الحاكم عليه اي على
المحتكر دفعا لضرر العامة ولا احتكار في غلة ضيعته اي ارضه لانه خالص حقه
لم يتعلق به حق العامة الا يرى ان له ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع ولا فيما جلبه
من بلد اخر لعدم تعلق حق العامة به لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر
او جلب الى فنائها هذا عند ابي ح وعند ابي يوسف يكره الاحتكار فيما جلبه من بلد
اخر لاطلاق ما رويناه في الاحتكار وكذا اي يكره احتكار ما جلبه من بلد اخر عند
محمد ان كان يجلب منه الى المصر عادة وهو المختار لان حق العامة تعلق به لانه
بمنزلة فناء المصر للعادة الا ترى انه كان ينقل اليه لو لم ياخذه هو بخلاف ما اذا نقله
من بلد بعيد لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حقهم الا ترى انه لو لم ياخذه
لم ينقل اليهم فصار كغلة ضيعته ويجوز بيع العصير ممن يتخذه خمرا لان المعصية
لا تقوم بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح من اهل الفتنة لان المعصية تقوم
بعينه فيكون اعانة لهم وتسببا وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية
ولان العصير يصلح لاشياء كثيرة كلها جائزة شرعا فيكون الفساد الى اختياره
هكذا اطلقه في الهداية والزيلعي وقال في شرح النقاية جواز بيع العصير ممن
يتخذه خمرا قول ابي ح وقالا لا يجوز ثم قال وقيل انما لا يكره عند ابي ح اذا باعه
من ذمي بثمن لا يشتريه مسلم بذلك الثمن والا فمكروه بالاتفاق كما في الخانية
وغيره ولو باع مسلم خمرا واوفى دينه من ثمنها كره لرب الدين اخذه ان كان
المديون مسلما وان كان المديون ذميا لا يكره والفرق ان البيع في الوجه الاول
قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل
اخذه من البايع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي
فملكه البايع فيحل الاخذ منه كذا في الهداية وقال في النهاية عن محمد هذا
ان كان القضاء والاقتضاء بالتراضي اما اذا كان بقضاء القاضي بان قضى
عليه بهذا الثمن ولم يعلم القاضي بكونه ثمن الخمر يطيب له ذلك بقضائه واستشكله
الشارح الزيلعي بانه مال الغير فكيف يطيب له بالقضاء ومحمد لا يرى نفوذ القضاء
باطنا وانما ينفذ ظاهرا فقط وعلى هذا اذا مات مسلم وترك ثمن خمر باعها لا يحل

لورثته ان يأخذوا ذلك لانه كالمغصوب وقال في النهاية قال بعض مشايخنا كسب
المغنية كالمغصوب لم يحل اخذه وعلى هذا قالوا لو مات رجل وكسبه من بيع الباذق
او الظلم او اخذ الرشوة يتورع الورثة ولا يأخذوا منه شيئا وهو اولى بهم ويردونها
على اربابها ان عرفوهم والا تصدقوا بها لان سبيل الكسب الخبيث التصدق اذا
تعذر الرد على صاحبه ويكره التسعير اي تسعير السلطان او نائبه لقوله عم لا تسعروا
فان الله هو المسعر القابض الباسط ولان الثمن حق البايع فكان اليه تقديره
فلا ينبغي للامام ولا لنائبه ان يتعرض لحقه الا اذا تعدى ارباب الطعام في القيمة
تعديا فاحشا فلا بأس به بمشورة اهل الخبرة لان فيه صيانة حقوق المسلمين عن
الضياع فاذا فعل الامام ذلك فتعدى رجل عن ذلك فباعه بثمن فوق ما قدره الامام
او القاضي اجازه القاضي ولا يمنعه عنه لان الثمن حقه قالوا وهذا لا يشكل
على قول ابي ح لانه لا يرى الحجر على الحر العاقل البالغ وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على
قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام جاز بلا كراهة لانه غير مكره على البيع
وانما باع برضاه كذا في الهداية وقال في الزيلعي نقلا عن المحيط والاختيار
ان البايع اذا كان يخاف انه ان نقص عما قدره الامام يضربه الامام لا يحل
للمشتري ذلك لانه في معنى المكره والحيلة فيه ان يقول بعني بما تحب فح باي شيء
باعه يحل ولو اصطلح اهل بلد على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك فيما بينهم فاشترى
رجل منهم خبزا بدرهم او لحما فاعطاه البايع ناقصا والمشتري لا يعرف ذلك
كان له ان يرجع بالنقصان اذا عرف لان المعروف كالمشروط وان كان المشتري
من غير اهل تلك البلد كان له ان يرجع بالنقصان في الخبز دون اللحم لان
سعر الخبز يظهر عادة في البلدان وسعر اللحم لا يظهر الا نادرا فيكون شارطا
في الخبز مقدارا معينا باعتبار العرف وفي اللحم لا ويجوز اشتراء ما لا بد
للطفل منه كالنفقة والكسوة وبيعه اي يجوز بيع ما لا بد للطفل من بيعه
كالحنطة الجار متعلق بيجوز والضمير راجع الى الطفل وكذا الضمير في قوله وعمه وامه
وملتقطه ان كان هو اي الطفل في حجرهم قال في الهداية واصل هذا ان التصرف
على الصغار انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي له كالانكاح

والبيع

والبيع والشراء للاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع اخر
ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة
الاظآر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان
في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع من التصرف فالولي اولى به الا انه لا يشترط
في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول
الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه ايضا
اذا كان يعقل لان اللايق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملكه بالعقل وههنا
نوع رابع لم يذكره صاحب الهداية وذكره في الزيلعي وغيره وهو ما كان
ضررا محضا للطفل كالطلاق والعتاق ولا يملكه احد بل هذا على الصغير وما
ذكره المص هو النوع الثاني مما ذكره صاحب الهداية الا ان المص لم يذكر الولي
فيه بل ذكر من يشترط فيه كون الطفل في حجرهم من ارباب هذا النوع وتوجر
اي الطفل امه فقط اي اذا كان في حجرها يعني لا يوجر الطفل من المذكورين
اخوه ولا عمه ولا ملتقطه الا امه اذا كان في حجرها لان الام تملك
اتلاف منافعه باستخدامه فكذا تملك ايجاره ولا كذلك الملتقط والاخ والعم
ولو اجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لانه
عند الفراغ من العمل محض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور لو اجر نفسه
قال في الزيلعي والاقرب ان الملتقط يجوز ان يوجر الطفل ويسلمه في
صناعة لانه نفع محض للصغير على ما هو رواية الملتقط فعلم منه انه يجوز للاخ
والعم ذلك كذلك **فصل** في المتفرقات يجوز المسابقة في السهام
والخيل والحمير والبغال والابل والاقدام لانها من اسباب الجهاد ويحتاج
اليها في اقامة هذه الفريضة فان شرط فيها جعل بضم الجيم من احد الجانبين
بان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتني فلك كذا وان سبقتك فلا شيء او من
ثالث بان يقولا للثالث ان سبقتنا فلك كذا وان سبقناك فلا شيء لا سبقهما
متعلق بشرط جاز لما فيه من التحريض على اسباب الجهاد وان شرط الجعل من كلا الجانبين
يحرم لكونه قمارا الا ان يكون بينهما كفي لهما بتشديد الياء على وزن فعيل بمعنى النظير

اى الا ان يكون بينهما ثالث محلل بفرس نظير لفرسيهما يتوهم انه سبقهما وانما قيد
بالكفو لان الفرس المحلل لو لم يكن مثلهما لم يجز لانه لا فائدة فى ادخاله بينهما
ولم يخرج من ان يكون قمارا كذا فى شرح المجمع فان سبقهما اى ان سبق
الفرس المحلل الكفو فرسيهما اخذ المحلل الجعل منهما وان سبقاه اى ان سبقا المحلل
لا يعطيها المحلل شيئا من الجعل وفيما بينهما اى فيما اذا كان الجعل فيما بينهما يعنى من كلا
الجانبين ايهما سبق اخذ الجعل من الاخر وان لم يجز هذا الاشتراط كذا فى شرح
المجمع والدرر وعلى هذا التفصيل لو اختلفا اثنان فى مسئلة واراد الرجوع
الى شيخ وجعلا على ذلك جعلا بان يقول احدهما ان كان الجواب كما قلت فلك
كذا وان كان كما قلت فلم اخذ منك شيئا يجوز جعلا له على العلم وان شرطاه
لكل واحد منهما على صاحبه لم يجز كما فى المسابقة ووليمة العرس سنة ومن
دعى الى دعوة فليجب وان لم يجب اثم لقوله عم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم
لكنه مقيد بعدم المنكر فى الدعوة والا فلا يجب ولا يرفع منها اى من
طعام الدعوة شيئا لعدم الاذن للرفع وانما الاذن للاكل ولا يعطى سائلا
الا باذن صاحبها استثناء من كل من الرفع والاعطاء وان علم المدعو ان
فيها لهوا لا يجيب لانه منكر وحضور المنكر حرام وان لم يعلم ان فيها منكرا حتى حضر
فان قدر على المنع فعل المنع لانه نهى عن المنكر وهو فرض عند القدرة عليه والا
اى وان لم يقدر على المنع فان كان مقتدى به بان كان سلطانا او قاضيا او مفتيا
او عالما من العلماء يقتدى به او كان اللهو على المائدة فلا يقعد لقوله تعالى فلا تقعد
بعد الذكرى مع القوم الظالمين والا اى وان لم يكن مقتدى به ولا اللهو على المائدة
فلا باس بالقعود رعاية لحق الداعى قال الامام ابو ح ابتليت على صيغة بناء
المفعول به مرة فصبرت وهو محمول على ما قبل ان يصير مقتدى ودل قوله ابتليت
على حرمة كل الملاهى لان الابتلاء انما يكون بالمحرم والكلام منه اى من الكلام ما يوجر
به كالتسبيح ونحوه من الاذكار والادعية المأثورة وقد ياثم به اى بالتسبيح
اذا فعله اى التسبيح فى مجلس الفسق وهو يعلمه اى الفسق وان قصد به فيه اى
بالتسبيح فى مجلس الفسق الاعتبار والانكار على اهل المجلس من فعل الفسق يحسن

لما فيه من النهى عن المنكر ويكره فعله اى التسبيح للتاجر عند فتح متاعه لما فيه من جعل
التسبيح وسيلة الى وصول التجارة وفى كتاب الحظر والاباحة من قاضيخان الحارس
فى الحراسة اذا قال لا اله الا الله وما اشبه ذلك والفقاعى يقول عند فتح الفقاع
للمشترى صلى الله على محمد قالوا يكون اثما بخلاف العالم اذا قال فى المجلس صلوا
على النبى فانه يثاب على ذلك وكذا القارى اذا قال كبروا يثاب على ذلك لان
الفقاعى والحارس ياخذ بذلك عوضا رجل جاء الى بزاز ليشترى منه ثوبا فلما
فتح المتاع قال سبحان الله او قال اللهم صل على محمد ان اراد بذلك اعلام المشترى
جودة ثوبه ومتاعه كره انتهى وفى البزازية ان سبح على انه يعمل الفسق اثم
كالتاجر يذكر الله تعالى او يصلى عليه الصلوة والسلام عند فتح قماشه والفقاعى
عند فتح فقاعه على قصد ترويج المتاع وتحسينه وعن هذا يمنع اذا قدم واحد
من العلماء الى مجلس فسبح وصلى عليه الصلوة والسلام اعلاما بقدومه حتى
يتفرج له الناس او يقوموا له يأثم لانه جعل اسم الله تعالى وصلوته على رسوله
عم وسيلة الى تعظيم الغير واستحلاله هذا الصنع واعتقاده عبادة لا خفاء
فى انه امر هائل عظيم نعوذ بالله انتهى ويكره الترجيع اى ترديد الصوت بالخفض
والرفع بقراءة القران والاستماع اليه وقيل لا باس به والصحيح هو الاول لما فيه من
الالحان وفى الحاوى القدسى الترجيع بقراءة القران بالصوت الطيب مختلف فيه
والاصح انه ان لم يزد فيه الحروف يجوز وان زاد لم يجز وعن النبى عم انه كره
رفع الصوت عند قراءة القران اى سواء كان من القارى او من السامع وهذا
دليل على حرمة الترجيع بالقران وهذا لان فيه سوء ادب وفى شرح النقاية
عن الحقائق ان قراءة القران بالالحان معصية حتى قال مشايخنا التالى والسامع
اثمان وعن المرغينانى من قال لمثل هذا القارى احسنت فقد كفر وعند الجنازة
والزحف والتذكير اى الوعظ فما ظنك به اى برفع الصوت عند الغناء بالكسر
والمد من التغنية الذى يسمونه الصوفية وجدا يعنى هو اشد حرمة قال فى شرح
النقاية عن الامام السرخسى ان ما يفعله الذين يدعون الوجد والمحبة مكروه لا اصل
له فى الدين ويمنع الصوفية مما يعتادونه من رفع الصوت فان ذلك مكروه

في الذين عند قراءة القرآن والوعظ فما ظنك عند سماع الغناء فظهر من هنا
ان الغناء حرام قال في شرح النقاية الغناء عرفا ترديد الصوت بالالحان
في الشعر مع انضمام التصفيق المناسب فلم يتحقق الغناء بفقدان قيد من الثلثة
كون الالحان في الشعر وانضمام التصفيق بالالحان ومناسبة التصفيق
لها من انواع اللعب وكبيرة في جميع الاديان حتى يمنع المشركون عن ذلك كما
في الاختيار وكره الامام القراءة اي قراءة القرآن عند القبر وجوزها محمد وبه
اخذ في الفتوى ومنه اي من الكلام ما لا اجر فيه ولا وزر نحو قمت واقعد لانه
مباح وقيل لا يكتب عليه اي في كتب اعماله ومنه اي من الكلام ما ياثم به كالكذب
والغيبة ولو بغمز العين والاشارة باليد فانه ايضا حرام على ما في التنوير والنميمة
والشتيمة الغيبة من الاغتياب يقال اغتابه اغتيابا اذا ذكره بما يكره من العيوب
وهو حق والاسم الغيبة فان كان باطلا فهو الغيبة والنميمة اسم من نم الرجل
الحديث نما سعى به ليوقع فتنة او وحشة فالرجل نم تسمية بالمصدر ونمام مبالغة
والاسم النميمة والشتيمة اسم من شتمه شتما الكل في المصباح والكذب حرام
في جميع الاديان والاوقات الا في الحرب للخدعة وفي الصلح بين اثنين
وفي ارضاء الاهل وفي دفع الظالم عن الظلم لان في هذه المواضع مصلحة
كثيرة ويكره التعريض به اي بالكذب الا لحاجة كقولك لرجل كل فيقول اكلت يعني
به امس فلا باس به لانه صادق في قصده وقيل يكره لانه كذب في اللفظ
كذا في الاختيار ولا غيبة الظالم ولا اثم في السعي به اي الى السلطان لانه
من باب النهي عن المنكر ومنع الظلم قال في قاضيخان الرجل يصوم ويصلي
ويضر الناس باليد واللسان فذكر بما فيه من الاضرار بالناس لا يكون غيبة
وان اخبر السلطان بذلك ليزجره فلا اثم عليه والحاصل ان مجرد ذكر مساوي
اخيه ليس بغيبة ولو لغير ظالم انما الغيبة ان يذكر على وجه الغضب يريد به
السب ولا غيبة الا لمعلوم فاغتياب اهل قرية ليس بغيبة لعدم كون المغتاب
معلوما ويحرم اللعب بالنرد اي بجميع انواعه سواء كان الثلاثة عشر والاربعة عشر
وهو حرام مسقط للعدالة بالاجماع فانه كبيرة كذا في شرح النقاية والشطرنج

قال

قال في المصباح الشطرنج معرب قيل بفتح اوله وقيل بالكسر وهو المختار انتهى وجزم
في القاموس بانه لا يفتح اوله وقال في شرح النقاية نقلا عن الكافي لعب
الشطرنج حرام وكبيرة عندنا وفي اباحته اعانة للشيطان على الاسلام
والمسلمين وهو حرام بالآثار والقياس ومن قال انه لم يثبت حرمته بالكتاب
ولا بالسنة ولا بالقياس ليس كما ينبغي وفي شرح المختار ان عليا مر على
على قوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم وقال ما هذه التماثيل التي انتم لها عاكفون
وعن ابن عمر مثله ولم ير ابو ح باسا بالسلام عليهم ليشغلهم عن اللعب وقال
صاحباه ان السلام عليهم مكروه استخفافا بهم واهانة لهم والاربعة عشر
وهذا تكرار بعد ذكر النرد لانه نوع من النرد على ما ذكرناه الا ان يخص النرد
بنوع من اللعب وهذا بنوع اخر منه وكل لهو اي اللعب بجميع انواعه حرام كالرقص
والسخرية والتصفيق والتقليس وضرب الاوتار بجميع انواعها من الطنبور والمزمار
والسارية وغيرها ويكره استخدام الخصيان لانه يكون باعثا للناس على هذا
الصنع الشنيع اي اخراج الخصيتين ويكره ايضا وصل الشعر بشعر ادمي سواء
كان شعرها او شعر غيرها لقوله عم لعن الواصلة والمستوصلة الواصلة
هي التي تصل الشعر بشعر الغير والتي توصل شعرها بشعر اخر والمستوصلة هي
التي توصل لها ذلك بطلبها ويكره قوله في الدعاء اسئلك بمعقد بتقديم
العين وتاخير القاف اذ لا خلاف في عدم جواز الدعاء بعكسه اي بتقديم
القاف لانه من القعود وهو محال على الله تعالى العز من عرشك عند ابي ح ومحمد
خلافا لابي يوسف لهما انه يوهم تعلق عزه تعالى بالعرش والعرش حادث وما تعلق
به يكون حادثا ايضا والله تعالى متعال عن تعلق عزه بالحادث لان عزه قديم
كسائر صفاته فلا يتعلق بالحادث ولابي يوسف ما روي انه عم كان من دعائه
اللهم اني اسئلك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك
الاعظم الحديث وفي الزيلعي الاحوط الامتناع عنه لكونه خبر واحد فيما يخالف
القطعي او المتشابه يثبت بالقطعي ويكره قوله في الدعاء اسئلك بحق انبيائك
ورسلك وكذا بحق البيت او المشعر او الملائكة او فلان لانه لا حق للمخلوق على الخالق

وانما يختص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه واستماع الملاهي بانواعه حرام
كفعله لورود النهي عنه ولانه من فعل الكفرة ويكره تعشير المصحف اي كتابة العلامة
عند منتهى عشر ايات وذلك بان يكتب العواشر ونقطه لما روي عن ابن مسعود
قال جردوا القران وفي التعشير والنقط ترك التجريد الا للعجمي اي الا يحفظ القران
ولا يقدر على القراءة الا بالتعشير والنقط فانه اي كل من التعشير والنقط حسن
للعجمي اعانة للحفظ والقراءة وما روينا عن ابن مسعود فبالنسبة الى زمنهم لانهم
كانوا يتلقون القران عن النبي عم كما انزل وكانت القراءة سهلا وكانوا يرون النقط
مخلا لحفظ الاعراب والتعشير لحفظ الاي ولا كذلك العجم في زماننا فيستحسن
لعجز العجمي عن التعلم الا به ولا باس بتحليته وتزيينه ولا باس بدخول الذمي
المسجد الحرام وقال مالك يكره دخوله كل مسجد وقال الشافعي يكره دخوله
المسجد الحرام لانه نجس ولانه لا يخلو عن نجاسة فوجب تنزيه المسجد عنه ولنا
انه عم انزل وفد ثقيف في المسجد وضرب لهم خيمة فقالت الصحابة المشركون
نجس فقال عم ليس على الارض من نجاستهم شيء وانما نجاستهم على انفسهم ولا يعاد
لما روي ان يهوديا مرض بجوار النبي عم فقال قوموا بنا نعود جارنا اليهودي فعاده
وقعد عند راسه فقال قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر المريض الى
ابيه فقال له ابوه اجبه فاجابه وشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله
ثم مات فقال النبي عم الحمد لله الذي انقذ بي نسمة من النار ولان العيادة نوع
من البر فيجوز ولا باس برد السلام على الذمي ولا يزيد على قوله وعليكم فانه عم
لم يزد حين رد على اليهودي على هذا ولا يبدا بالسلام عليه لان فيه تعظيمه
وان كان له اليه حاجة فلا باس بدايته به ولا يدعو له بالمغفرة لان الله
تعالى لا يغفر ان يشرك به ولو دعى له بالهدى جاز لانه عم قال اللهم اهد قومي
ولو دعا له بطول العمر قيل لا يجوز لان فيه التمادي على الكفر وقيل يجوز لان في
طول عمره نفعا للمسلمين باداء الجزية وعلى هذا الاختلاف الدعاء بالعافية وهذا
كله اذا كان من اهل الكتاب كاليهودي والنصراني وان كان مجوسيا قيل
لا يعوده لانه ابعد عن الاسلام وقيل يعوده لان فيه اظهار محاسن الاسلام

وترغيبه

وترغيبه فيه وتاليفه واختلفوا في عيادة الفاسق والصحيح انه لا باس به
واذا مات الكافر يقول لوالده او قريبه في تعزيته اخلف الله عليك خيرا
منه واصلحك ويجوز اخصاء البهائم لان فيه منفعة البهائم بخلاف الادمي
لان في اخصائه قطع نسل الادمي فيكره قال في شرح النقاية نقلا
عن شيخ الاسلام ان اخصاء الفرس حرام واما اخصاء غيره من الحيوانات
كالسنور وغيره فلا باس به ان كان فيه منفعة والا فحرام كما في المحيط
ويجوز انزاء الحمير على الخيل لان النبي عم ركب البغل واقتناها ولو كان هذا
الفعل مكروها لما ركبها لما فيه من فتح باب المكروه ويجوز الحقنة قال
في المصباح حقنت المريض اذا وصلت الدواء الى باطنه من مخرجه بالمحقنة
بالكسر واحتقن هو والاسم الحقنة مثل الفرقة ثم اطلقت على ما يتداوى به
انتهى للرجال والنساء لقوله عم لكل داء دواء واذا اصيب دواء الداء برئ
لا بمحرم كالخمر ونحوها لما رواه البخاري عن ابن مسعود ان النبي عم قال ان الله
لم يجعل شفاكم فيما حرم عليكم ولا باس برزق القاضي من بيت المال لان بيت المال
اعد لمصالح المسلمين والقاضي محبوس بمصالحهم والحبس من اسباب النفقة فكان
رزقه فيه كرزق المقاتلة وكذا رزق كل من يحبس نفسه لمصالح المسلمين كالمفتي
كفاية لاندفاع الحاجة بقدر الكفاية بلا شرط لان القضاء طاعة فلا يجوز اخذ
الاجرة عليه بالشرط والمعاقدة بل السلطان يعطيه كفايته من بيت المال
بلا شرط ولا باس بسفر الامة وام الولد بلا محرم لان الامة بمنزلة المحارم
لعامة الرجال فيما يرجع الى النظر والمس فكما يجوز للحرة ان تسافر مع المحرم فكذا
هي مع الاجنبي وام الولد امة لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة لانها مملوكة رقبة
وكذا معتقة البعض عند ابي حنيفة لانها كالمكاتبة عنده وفي الكافي هذا في
زمانهم لغلبة اهل الصلاح فيه واما في زماننا فلا لغلبة اهل الفساد فيه كذا
في الزيلعي والخلوة بها اي بالامة قيل تباح لما ذكرناه من انها بمنزلة المحارم للرجال
فيما يرجع الى النظر وقيل لا لاحتمال الشهوة ويكره جعل الراية اي الغل بضم الغين
المعجمة وهو الطوق من حديد يجعل في العنق وجمعه اغلال كذا في المصباح

وانما كره لانه علامة اهل النار في عنق العبد وعن ابي الليث ان في زماننا جرت
العادة بذلك اذا خيف الاباق لا تقييده لانه عادة المسلمين في المتمردين
ويكره ان يقرض بقالا درهما لياخذ منه اي من البقال برأي بالدرهم ما يحتاج اليه
من حوائجه الى ان يستغرقه متعلق بياخذ اي الى ان يستغرق الدراهم اي يستوفيه
وانما كره ذلك لانه قرض جر نفعا وهو بقاء درهم وكفاية حاجاته ولو كان
في يده لخرج من ساعته وقد نهى النبي عم عن قرض جر نفعا والمخلص منه ان
يودعه اياه ثم ياخذ منه شيئا فشيئا ما يريده وان ضاع الدرهم عنده
فلا شيء عليه لان الوديعة امانة والامانات لا تضمن والسنة تقليم الاظافير
اي قطعها ونتف الابط نقيا لنتف الشعر نتفا نزعه كذا في المصباح وحلق
العانة يبتدأ به من تحت السرة كذا في الاختيار والشارب وقصه اي قطع
الشارب حسن قالوا هذا من سنن الخليل وفعلها نبينا عم وامرها ولا باس
بدخول الحمام للرجال والنساء اذا اتزر اي استعمل الازار حذرا عن كشف العورة
وغض بصره لما روي ان رسول الله عم دخل الحمام وتنور ويستحب اتخاذ
الاوعية جمع الوعاء لنقل الماء الى البيوت وكونها من الخزف وهو الطين المعمول
انية كذا في المصباح افضل لما روي من اتخذ اواني بيته خزفا زارته الملائكة
ويجوز اتخاذها من نحاس او رصاص او ادم ولا يجوز من الذهب والفضة للنهي
عنها ولا باس بستر حيطان البيت باللبود وهو ما يتلبد من شعر او صوف للبرد
لما فيه من دفع ضرر البرد عن نفسه ويكره للزينة لانها فعل الشيطان وكذا
ارخاء الستر على البيت لانه نوع تكبر واذا ادى الفرائض واحب ان يتنعم بمنظر حسن
وجوار جميلة فلا باس لان النبي عم فعله كذلك مع ما كان عنده من الحرائر
وكذا فعله علي كذا في الاختيار والقناعة بادنى الكفاية من المنظر الحسن والجواري
وصرف الباقي من الكفاية الى ما ينتفع في الاخرة اولى لما فيه من اختيار
العقبى كذا في الاختيار **كتاب احياء الموات** هي اي الموات في
الشريعة ارض لا ينتفع بها شبه ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه
او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك بان غلب عليه الرمال او صارت سبخة بالميت

من الحيوان الذي بطلت منافعه فسمي مواتا واحياؤه عبارة عن جعله بحيث
ينتفع به عادية لا مالك له وليس المراد بالعادية ان يكون منسوبا الى عاد على
ما هو المشهور لان عادا لم يملك جميع اراضي الموات بل مراده ما قدم خرابه
كانها خربت في عهد عاد او مملوكة في دار الاسلام ليس لها مالك معين مسلم
او ذمي قال في العناية هذا قول بعض المشايخ وقال بعضهم الاراضي المملوكة اذا
انقرض اهلها ولم يكن لها مالك معين فهي كاللقطة يتصرف فيها الامام كما يتصرف
في جميع اللقطات والاموال الضائعة ولو ظهر المالك بعد ذلك اخذها وضمن
له من زرعها ان نقصت بالزراعة والا فلا شيء عليه وفي القنية ارض غرقت
وصارت بحرا ثم نضب الماء عنه او خربت بوجه اخر ثم جاء انسان وعمرها ففيه
اختلاف المتقدمين قيل للمالك القديم وقيل لمن احياها وفي روضة الناطفي
فان كان لها ارباب ولها اثار عمارة من مسنات وغيرها ولكن لا يعرفون
ذكر هشام عن محمد لا يسع لاحد ان يحييها ولا ياخذ منها طينا وفي رسالة
ابي يوسف الى هارون لمن احياها وليس للامام ان يخرج شيئا من يد احد الا
بحق ثابت معروف قال هذا يشير الى انه يكون لمن احياها لكن للامام ان يدفعها
الى من اثبت انها كانت له او ارض موروثة وعلى هذا لا يتحقق الخلاف بين ابي يوسف
ومحمد الا في اثبات احد حقه فيها فاما اذا اثبت فهو اولى بلا خلاف انتهى كلام القنية
ملخصا وعند محمد ان ملكت في الاسلام لا يكون مواتا ويشترط عند ابي يوسف
كونها بعيدة عن العامر بحيث لو صيح من اقصاه اي من اقصى العامر لا يسمع فيها اي
في الارض الموات يعني لو وقف رجل على طرف عمران المصر او القرية فنادى باعلى
صوته فالى اي موضع ينتهي اليه صوته يكون من فناء العمران لان اهل القرية
يحتاجون الى ذلك الموضع ليرعى المواشي او لغيره وما وراء ذلك يكون مواتا اذا لم يعرف
له مالك وعند محمد ان لا ينتفع بها اهل العامر اي اهل المصر او القرية ولو وصلية
قريبة منه اي من العامر يعني ارض الموات عند محمد ارض لا يملكها في الاسلام
ولم ينتفع بها اهل العامر بانقطاع الماء او لغلبته او ما اشبه ذلك فهي موات
سواء كانت قريبة من العامر او بعيدة منه وسواء كانت من ارض العرب

اومن غيره في المفازة او بقرب الجبل من احياها اي ارض الموات وتفسير الاحيا
عليها في النوادر ان يزرعها ويلقي البذر حيث قال فيه ان احياء الارض لا يكون
بالسقي والكراب وانما يكون بالقاء البذر والزراعة حتى لو كربها ولم يسقها او سقى
ولم يكربها لا يكون احياء وفي ظاهر الرواية اذا حفر لها النهر وسقاها يكون احياء
وكذا لو حوطها او سنمها بحيث يعصم يكون احياء بخلاف التحجير على ما سيأتي بيانه
باذن الامام ولو وصلية فيما ملكها وبلا اذنه لا يملكها عند ابي حنيفة وقالا
لا يشترط فيه اذن الامام لقوله عم من عمر ارضا ليست لاحد فهو احق بها رواه
البخاري ولانه مباح سبقت يده اليه فكان احق بها كالماء والحطب والحشيش
والصيد والركاز ولابي حنيفة قوله عم ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه ولان
هذه الارض كانت في ايدي الكفرة ثم صارت في ايدي المسلمين فصارت فيئا
ولا يختص بالفيء احد دون راي الامام كالغنائم بخلاف المستشهد به من الصيد
وامثاله لانها لم تكن في ايدي الكفرة فلم تكن في حكم الفيء وما روياه كان اذنا
منه عم لا نصب شرع كما في قوله عم من قتل قتيلا فله سلبه فانه تحريض منه
بالسلب لا نصب شرع قال في الزيلعي ولو احياها وتركها بعد الاحياء وزرعها
غيره قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها دون رقبتها والاصح ان
الاول احق بها لانه ملك رقبتها بالاحياء فلا تخرج عن ملكه بالترك وهكذا ذكره
وصححه في الهداية واستدل على الاصحية بقوله عم من احيى ارضا ميتة فهي له
م لان اللام فيه للتمليك وملكه لا يزول بالترك واعترض عليه في العناية بان
الاستدلال بهذا الحديث انما يصح على مذهب الامامين واما على مذهب ابي حنيفة فلا يصح
لانه حمله على الاذن لا على نصب الشرع فكيف يصح القول بانه ملكه واجيب عنه بانه
وان كان اذنا منه لكنه اذا اذن له الامام كان شرعا الا يرى ان من قال له الامام
من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله هذا ولا يخفى عليك ان قولهما ولو احياها
يمكن حمله على رواية النوادر وعلى ظاهر الرواية في تفسير الاحياء على ما ذكرناه آنفا
وقال في الهداية والزيلعي ايضا ولو احيى ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها
الاربعة من اربعة نفر على التعاقب يتعين طريق الاول في الارض الرابعة على ما

هو

هو المروي عن محمد لانه لما احيى الجوانب الثلاث تعين الجانب الرابع وقد ذكرناه في
العشر والخراج ولا يجوز احياء ما قرب من العامر بل يترك مرعى لاهل القرية
ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا او تقديرا ولا ما اي موضع عدل
اي زال وانكشف الموضع عنه الفرات نهر معروف ونحوها من الانهار ولا يحتمل عوده
اليه اي الى ذلك الموضع لانه مع احتمال العود لا يكون مواتا لتعلق حق العامة اليه
على تقدير العود لان الماء حقهم فكذا موضعه فان لم يحتمل العود جاز احياؤه لانه
ح يكون مواتا ومن حجر ارضا التحجير من الحجر وهو المنع للغير بوضع علامة بحجر او حصاد
ما فيها من الحشيش والشوك وتنقيته عنها وجعله حولها او باحراق ما فيها من الشوك
وغيره وقد ذكرناه في باب العشر والخراج ثلاث سنين تقديره ثلث
سنين لقول عمر ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولم يعمرها اشار به الى ان التحجير ليس
احياء ولا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو اولى من غيره بسبب تحجيره
فلا يؤخذ منه الى ثلث سنين لان عمر كان احياها وعمرها في ثلث سنين ملكها
والا اخذت منه ودفعت الى غيره ليعمرها فان الامام انما تركها في يده بعد التحجير
ليعمرها فيحصل للمسلمين منفعة العشر ان عشريا او الخراج ان خراجيا فاذا لم يحصل
الحق فلا فائدة في تركها في يده وبيان كونه عشريا او خراجيا تقدم في باب
العشر والخراج ومن حفر بئرا في ارض موات فله حريمها باذن الامام عند ابي حنيفة
وكذا اي له حريمها ان بغير اذن الامام عندهما يعني ان اذن الامام ليس بشرط
عندهما وقد ذكرنا ما يتعلق بحفر البئر في باب العشر والخراج فلا نعيده ثم شرع
في بيان الحريم فقال وحريم العطن اي بئر العطن وهي البئر التي يستقى منها باليد
والعطن بفتحتين مناخ الابل ومبركها ولا يكون الا حول الماء كذا في المصباح
اربعون ذراعا من كل جانب هو الصحيح احترز به عما قيل الاربعون من الجوانب
الاربعة من كل جانب عشرة اذرع لقوله عم من حفر بئرا فله حولها اربعون ذراعا
لان ظاهر اللفظ يعم الجوانب الاربعة وجه الصحيح ان المقصود من تشريع حريم البئر
دفع الضرر عنه كيلا يحفر بئرا اخرى بجنبها فيتحول ماء الاولى الى الثانية ولا يندفع
هذا الضرر بعشرة اذرع من كل جانب فيتقدر باربعين ذراعا من كل جانب

كيلا يتعطل عليه المصالح وهذا لان حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر الا بما حولها
لانه يحتاج الى ان يقف على شفير البئر ما يركب عليه البكرة والى ان يبني حوضا يجتمع
فيه الماء والى موضع تقف فيه مواشيه حالة الشرب وبعده من الابل وغيره
وهذا لا يكون الا بقدر اربعين ذراعا من كل جانب وكذا اي اربعون ذراعا حريم
الناضح يقال نضح البعير الماء حمله من نهر او بئر لسقي الزرع فهو ناضح ثم استعمل
الناضح في كل بعير وان لم يحمل الماء وما سقي بالنضح اي بالماء الذي ينضحه الناضح
كذا في المصباح والمراد به هنا البئر الذي يستقى منها بالبعير والاضافة في
الموضعين لادنى ملابسة وهذا في الموضعين قول ابي ح وعندهما ستون ذراعا
اي حريم الناضح ستون ذراعا عندهما لقوله عم حريم العين خمسمائة ذراع
وحريم العطن اربعون ذراعا وحريم الناضح ستون ذراعا ولان استحقاق
الحريم باعتبار الحاجة وحاجة بئر الناضح اكثر منه لانه يحتاج الى موضع يسير فيه
الناضح وهو البعير وقد يطول الرشا وفي بئر العطن يستقي بيده فلا بد من
التفاوت بينهما ولابي ح في عدم الفرق ما روينا من غير فصل بينهما ومن اصله
ان العام المتفق على قبوله والعمل به يترجح على الخاص المختلف في قبوله والعمل به
وحريم العين خمسمائة ذراع من كل جانب لما روينا ولان العين تستخرج للزراعة
فلا بد من موضع يجتمع فيه ومن موضع يجري اليه ومن موضع يجري منه الى
الزراعة فقدره الشرع بخمسمائة ولا مدخل للراي في المقادير الشرعية قيل
ان خمسمائة من الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا
والاصح ما ذكره المص ويمنع صاحب الحريم غيره من الحفر في حريمه لانه صار
ملكا له ضرورة تمكنه من الانتفاع بها فكان الحافر متعديا بالحفر في ملك غيره
لا فيما وراءه لعدم كونه ملكا له فان حفر احد فيه اي في الحريم ضمن من التضمين
النقصان اي نقصان ارضه لانه متعد فيضمن النقصان وكبس اي يكبس صاحب
الحريم البئر الثاني بنفسه وقيل لا يضمنه بل يكبسه وما ذكره المص اصح كمن هدم
جدار غيره كان لصاحب الجدار تضمين قيمة جداره لا التكليف ببناء جداره و
وطريق ضمان النقصان بان تقوم الارض قبل الحفر وتقوم بعده فيضمن تفاوت ما

بينهما

بينهما وما عطب في البئر الاولى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في حفرها اما اذا
كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذن الامام عندهما لعدم اشتراط
اذن الامام عندهما واما عنده فيجعل الحفر تحجيرا وله ذلك بغير اذن الامام
وان لم يثبت له ملك الا باذنه وما عطب في الثاني فهو مضمون على الثاني لانه
متعد في ملك غيره بحفره فيه ولو حفر الثاني بئرا في منتهى حريم الاولى
باذن الامام فذهب ماء البئر الاولى وتحول الى الثانية فلا شيء عليه لانه
غير متعد في نقله والماء تحت الارض غير مملوك لاحد فلا يكون له المخاصمة
بسبب كذا في الزيلعي وله اي للحافر الثاني الذي حفر فيما وراء حريم الاول
الحريم مما سوى حريم الاول يعني للثاني حريم من الجوانب الثلثة دون الجانب
الاول لسبق ملك الاول فيه وللقناة اي مجرى الماء تحت الارض حريم بقدر ما
يصلحها اي ما يحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه ولم يقدر حريمه لشيء ممكن ضبطه
وقيل لا حريم لها ما لم يظهر ماؤها على وجه الارض عند ابي ح وعندهما هي
اي القناة كالبئر في استحقاق الحريم وقيل هذا قول محمد وحده وان ظهر
ماؤها على وجه الارض فهي كالعين في استحقاق الحريم اجماعا فيقدر حريمها
بخمسمائة ذراع ولا حريم لنهر في ارض الغير الا بحجة قامت على ذلك عند ابي ح
وعندهما له اي لنهر في ارض الغير مسناة يمشي عليها ويلقي عليها طينه
من جانبي النهر لان استحقاق الحريم للحاجة اليه وصاحب النهر يحتاج اليه مثل
صاحب البئر والعين لانه يحتاج الى المشي على حافتي النهر ليجري الماء اذا احتبس
بشيء وقع فيه اذ لا يمكنه المشي في وسط الماء وكذا يحتاج الى موضع يلقي
فيه الطين عند الكري لما في النقل الى اسفله من الحرج ما لا يخفى ولابي ح
ان استحقاق الحريم في البئر والعين ثبت نصا على خلاف القياس فلا يلحق
بها ما ليس في معناها لان الحاجة فيها متحققة في الانتفاع بها لان
بدون الحريم لا ينتفع وفي النهر موهومة باعتبار الكري فلعله لا يحتاج اليه
اصلا نعم يلحقه بعض الحرج في نقل الطين والمشي في الماء الى اسفله لكنه
دون الحرج فيها فلا يلحق بها اذ شرط الالحاق ان يكون الفرع نظير الاصل او اولى

منه فاذا لم يستحق الحريم فان تنازع في الحريم صاحب الارض وصاحب النهر وكل
منهما يقول حريم النهر ملكي كان ذلك لصاحب الارض عند ابي ح لان الظاهر يشهد
له والقول لمن يشهد له الظاهر الا ان يقيم صاحب النهر حجة على ذلك وعندهما
لما كان لصاحب النهر حريم كان الظاهر له فكان القول هذا بناء على ان هذا الاختلاف
مبني على الاختلاف في استحقاق الحريم وعدمه لانه مبني على ثبوت اليد في
الحريم وعدم ثبوتها فيه فمن كان يده ثابتة كان الظاهر شاهدا له وهذا
اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم ان هذا مسئلة مبتداءة لا مبنية على مسئلة
اخرى فعلى هذا وجه قولهما ان صاحب النهر يستعمل الحريم لاستمساك الماء به
والاستعمال يد فيه فكان القول قوله كما لو تنازعا في ثوب واحدهما
لابسه كان القول له لانه صاحب يد بالاستعمال ولابي ح ان الحريم اشبه
بالارض صورة ومعنى لاتحادهما في المواضع والظاهر شاهد لمن هو في يده ما اشبه
به كما لو تنازعا في مصراع باب ليس هو في يدهما والمصراع الاخر مركب
على باب احدهما كان القول له فكذا هذا ولو كان صاحب النهر مستعملا له بامساك
مائه به كان صاحب الارض ايضا مستعملا له بدفع الماء به من ارضه
فاستويا من هذا الوجه ٥ وترجح صاحب الارض من الوجه الذي ذكرناه
فكان الحريم له ونقل فيه الزيلعي عن كشف الغوامض ان الاختلاف بين ابي ح
وصاحبيه في نهر كبير لا يحتاج الى الكري في كل حين اما الانهار الصغار التي
يحتاج فيه الى الكري في كل وقت فلها حريم بالاتفاق وقال في قاضيخان ولو
حفر نهرا في مفازة او في موضع لا يملك احد باذن الامام قال ابو ح لا يستحق
للنهر حريما وقال صاحباه يستحق مقدار ارض النهر من الجانبين في قول الطحاوي
ومن كل جانب في قول الكرخي انتهى فظهر ان الاختلاف المذكور ليس بمختص بما ذكره
المصنف من كون النهر في ملك احد ثم اختلف ابو يوسف ومحمد في مقدار الحريم
واليه اشار بقوله يقدر بنصف عرضه اي عرض النهر من كل جانب عند ابي يوسف
وهو اختيار الطحاوي وعليه الفتوى على ما في الكرماني ويقدر بعرضه اي من
كل جانب عند محمد وهو اختيار الكرخي وهو الارفق لصاحب النهر لانه توسعة عليه

فالمسناة

فالمسناة اي اذا لم يكن لنهر في ارض الغير حريم فالمسناة الواقعة بين النهر اي نهر رجل
والارض اي ارض رجل اخر وليست المسناة في يد احدهما جملة حالية اذ لو
كانت في يد احدهما فهي له واليد يثبت بان يكون له عليها غرس او طين ملقاة
لصاحب الارض عند ابي ح هذا خبر لقوله فالمسناة فلا يغرس فيها صاحب النهر
ولا يلقي عليها طينه ولا يمر عليه لانه تصرف في ملك الغير فلا يقدر عليه وقيل
له المرور والقاء الطين ما لم يفحش لجريان العادة فيه والمعروف كالمشروط
وعندهما هي اي المسناة الواقعة بينهما لرب النهر لما تقدم ان له الحريم فله اي
لصاحب النهر ذلك اي الغرس والقاء الطين والمرور عليه قال الفقيه ابو جعفر
اخذ على صيغة المتكلم بقول الامام في الغرس وبقولهما في القاء الطين
كذا في الزيلعي ومن غرس شجرة في ارض موات فله حريمها خمسة اذرع من
كل جانب يمنع غيره من الغرس فيه اي في حريمه لانه يحتاج الى الحريم لجداد ثمره
وللوضع فيه وروي ان رجلا غرس شجرة في ارض فلاة فجاء اخر واراد
ان يغرس شجرة اخرى بجنبها فاختصما الى رسول الله عم فجعل له عم من
الحريم خمسة اذرع واطلق الاخر فما وراء ذلك **فصل** في الشرب
هو بكسر الشين النصيب من الماء نوبة الانتفاع بالماء سقيا للزراع والدواب
والاصل فيه قوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم واعلم ان الماء نوعان
احدهما الشرب وهو الذي ذكره بقوله هو النصيب من الماء وله احكام سيأتي
ذكره والثاني الشفة وهو الذي ذكره بقوله والشفة شرب بني ادم والبهايم
فالشرب اعم من الشفة لان الشرب هو النصيب المعين من الماء الجاري او الراكد
لاستعمال بني ادم والبهايم والمزارع والاشجار والشفة هو النصيب من الماء
لاستعمال بني ادم والبهايم فالزروع والاشجار ليسا من اهل الشفة بل من
اهل الشرب ثم المراد بشرب بني ادم هو استعمالهم الماء لدفع العطش او الطبخ
او الوضوء او الغسل او غسل الثياب او نحوها مما يناسبهم وبشرب البهايم
استعمالهن الماء للعطش ونحوه على ما سيظهر في الكتاب ثم شرع في بيان
احكامها فقال الانهار العظام كالفرات ودجلة وجيحون وسيحون ونحوها غير مملوكة

لان هذه الانهار ليس لاحد فيها يد على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر غيره بالبد
فلا يكون محرزا في يد احد والملك بالاحراز ولكل احد من بني آدم فيها اي في
الانهار العظام حق الشفة اي الاستعمال بالشفة اعني الاستقاء وحق الوضوء
ونصب الرحى ان كانت تلك الانهار في ارضه والا فلا يجوز وكذا له نصب
المسانية والدالية وكرى نهر الى ارضه ان لم يضر الكرى بالعامة والا فلا يجوز
لان دفع الضرر عنهم واجب وكذا لكل من البهائم حق الشفة في تلك الانهار
والاصل في هذا قوله عم المسلمون شركاء في الثلث الماء والكلاء والنار
مروي عن ابن عباس والمراد شركة انتفاع لا شركة ملك اذ لا ملك بلا احراز والمراد
بالماء ما ليس بمحرز لان الماء المحرز مملوك لمن احرز فلا يجوز الانتفاع به الا باذن
مالكه والمراد بالكلاء الحشيش الذي نبت بنفسه من غير ان ينبته احد ومن
غير ان يزرعه ويسقيه فلا يملكه احد الا بالقطع والحرز والمراد بالنار الاستضاءة
بضوئها والاصطلاء بها والايقاد من لهبها وليس لصاحبها ان يمنعه من ذلك
اذا كان في الصحراء بخلاف ما لو اراد غيره ان ياخذ الجمر لانه ملكه ويتضرر بذلك
فكان له ان يمنعه وفي الانهار المملوكة اي المخصوصة لقوم بغير احراز وكذا المراد
بقوله والحوض والبئر والقناة لكل واحد من احاد القوم والبهائم لهم حق الشفة
ان لم يخف التخريب اي تخريب جانب النهر والحوض والبئر لكثرة المواشي فاذا خيف
التخريب بكثرة الدواب ليس لهم سقي دوابهم بل لصاحب تلك المياه منعهم من
سقي دوابهم او الاتيان على جميع الماء معطوف على قوله التخريب والمراد بالاتيان
على جميع الماء اهلاكها يقال اتى عليه الدهر اهلكه كذا في المصباح والحاصل ان
لكل من بني آدم والبهائم حق الشفة في كل من هذه المياه الاربعة ان لم يخف
تخريب جانب المياه او اهلاكه بكثرة الدواب والمواشي وان خيف ذلك فليس
للدواب حق الشفة دفعا للضرر عن صاحب الماء لا ليسقي ارضه او شجره من
تلك المياه اي الانهار المملوكة والحوض والبئر والقناة الا باذن مالكه لانه يتضرر
بذلك فلا بد من اذنه وله الاخذ للوضوء وغسل الثياب وسقي شجر وخضر
بفتح الخاء وكسر الضاد المعجمتين معروف في داره متعلق بالسقي بالجرار جمع جرة

يعني ان له ان يسقي شجره وخضره بحمل الماء بالجرار الى دوره في الاصح كذا في الهداية
وعلله بان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة واحترز بالاصح
عن قول بعض المتاخرين من ائمة بلخ لانهم قالوا ليس له ان يسقي شجرا او خضرا في داره
حملا بالجرار الا باذن صاحب النهر والحوض والبئر وقال بعض مشايخنا ليس له ان
ياخذ الماء من تلك المياه الاربعة للوضوء وغسل الثياب ايضا لان الشركة يثبت
في حق الشفة لا غير وفي الهداية والصحيح ان له ذلك دفعا للحرج واختاره المص
ولم يشر الى الاختلاف فيه بذكر الصحيح كما اشار اليه في الهداية لعدم اعتباره
الاختلاف فيه واعلم ان قوله في الاصح على خلاف ما قال في قاضيخان والخلاصة
والبزازية قالوا نهر لقوم ولرجل ارض بجنبه ليس له شرب من هذا النهر كان لصاحب
هذا الارض ان يشرب ويتوضا ويسقي دوابه من هذا النهر وان اراد ان يرفع منه
بالقرب والاواني ليسقي زرعه او شجره اختلف فيه المشايخ والاصح انه ليس له
ذلك ولان النهران يمنعوه وان اراد قوم ليس لهم شرب من هذا النهر ان يسقوا
دوابهم منه قالوا ان كان الماء لا ينقطع لسقي الدواب ولا يفنى ليس لاهل النهر
ان يمنعوهم وان انقطع الماء لسقيهم بان كان الدواب كثيرا كان لهم حق المنع قال
بعضهم ان كان ينكر صفة النهر ويخرب بالسقي كان لهم حق المنع والا فلا وكذا العين
والحوض الذي دخل فيه الماء بغير احراز واحتيال فهو بمنزلة النهر الخاص انتهى فات
الذي ظهر منه ان المراد بالنهر الخاص الذي ذكر في هذه الفتاوى هو الذي ذكره
المص في النوع الثاني بقوله والانهار المملوكة فكان الاصح في دفع الماء بالقرب
والاواني ليسقي شجره وزرعه على خلاف ما ذكره المص وما المحرز من الماء بحب الجب
بضم الجيم هو البئر على ما في المصباح والقاموس والمراد به ههنا الكوز الكبير
المصنوع من الطين كما هو المشهور او كوز ونحوه لا يؤخذ الا برضاء صاحبه
لان هذا النوع من الماء صار مملوكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في
الصيد الماخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو قوله
عم الناس شركاء في ثلث الماء والكلاء والنار حتى لو سرقه انسان في
موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم يقطع يده كذا في الخلاصة نقلا

عن الفتاوى لو صب ماء في حب انسان فهو له املاء وان اضطر اليه في ينتفع به اذن
صاحبه او لم ياذن هذا واعلم المص ذكر لي هنا انواعا ثلثة من المياه الاول ما هو
في نهاية العموم كالانهار العظام المذكورة الثالث ما هو في غاية الخصوص
كالماء المحرز بالجب ونحوه الثاني ما هو متوسط بينهما وهو الانهار المملوكة والحياض
والابار وههنا نوع رابع ذكره في قاضيخان والهداية ولم يذكره المص وهو ماء البحار
وحكمه اي لكل احد من الناس فيها حق الشفة وحق سقي الاراضي والانتفاع به
كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع احد منه وهل يجوز التوضي بماء السقاية
ففي قاضيخان اختلفوا في التوضي بماء السقاية يجوزه بعضهم وقال بعضهم ان
كان الماء كثيرا يجوز والا فلا وكذا كل ما اعد للشرب حتى قالوا في الحياض التي
اعدت للشرب لا يجوز فيه التوضي ويمنع منه وهو الصحيح ويجوز ان يحمل ماء
السقاية الى بيته ليشرب اهله انتهى والمراد بالسقاية ههنا هو المتخذ في الجوامع
والاسواق والزقاق باناء كبير وعنده كيزان صفا ليشرب بها كما هو المعروف
في اكثر البلدان في ايام الصيف مبردا بالثلج لا السقاية التي كانت في الزقاق
والطريق العامة المسمى بچشمه لانها لم تعد لمحض الشرب بل للتوضي وغيره ايضا
وله بيعه اي بيع الماء المحرز لانه ملكه بالحرز فيملك تمليكه بخلاف ما ذكر في النوع
الثاني من المياه فانها ليست بمحرزة فلا يملك تمليكه قال في قاضيخان الماء المحرز
بالاواني لا ينتفع به الا باذن من احرزه ويملك تمليكه كسائر انواع التمليك
نحو البيع والوصية وغير ذلك ولو مات يورث عنه ولو وجد وفي بعض
النسخ كان بدل وجد البئر او العين او النهر او الحوض على ما في الزيلعي في ملك
احد انما قال في ملك احد لانه لو احتفر في ارض موات ليس له ان يمنعه لان
الموات كان مشتركا والحفر فيه لاحياء حق مشترك فلا تقطع الشركة في الشفة
فله منع من يريد الشفة اي اخذ الماء بحق الشفة ومع هذا لو اخذ الماء منه ليس
له ان يسترده على ما صرح به في البزازية وقال في قاضيخان ليس لاحد ان
يسقي ارضه او زرعه من نهر الغير او عينه او قناته اضطر لذلك او لم يضطر وان
سقى ارضه او زرعه بغير اذن صاحب النهر فلا ضمان عليه فيما اخذ من الماء وان اخذ

مرة

675

مرة بعد مرة يؤدبه السلطان بالضرب والحبس ان راى ذلك انتهى من الدخول
في ملكه اذا كان يجد الماء في مكان اخر فان لم يجد غيره اي غير ذلك
الماء لزمه اي لزم المالك ان يخرج اليه الماء او يمكنه من الدخول في ملكه
فان لم يفعل صاحب الماء شيئا من اخراج الماء والتمكين من الدخول وخيف
الطالب العطش على نفسه او على دابته قوتل بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع
حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك لعدم الحرز لان البئر لم يوضع
للاحراز كالظبي اذا تكنس في ارضه وفي المحرز في الاناء وغيره من
اسباب الحرز يقاتل بغير سلاح بل بعصاء او نحو لانه بالمنع ارتكب معصية
فقام ذلك مقام التعزير كان في الطعام حال المخمصة فان للطالب ان يخاصمه
بلا سلاح بل بنحو عصاء اذ ليس فيه منع حقه المستحق حتى يقاتل بالسلاح بل
كان ارتكب معصية بالمنع فيستحق التعزير وحكم الكلاء اذا نبت في ارض بنفسه
بغير انبات مثل حكم الماء حتى اذا كان في ارض مملوكة قيل للمالك اما ان تقطع
وتدفع اليه والا تتركه لياخذ قدر ما يريد منه بخلاف فان الشجر اذا نبت في
ارض انسان بغير انبات يكون لصاحب الارض كذا في قاضيخان **فصل**
لما فرغ عن مسائل الشرب شرع في ذكر مؤنة كري الانهار التي كان الشرب
منها فاعلم ان الانهار ثلثة منها ما يكون كريه على السلطان ومنها ما يكون كريه على
اصحاب النهر واذا امتنعوا لا يجبرون وقد ذكرناها في باب العشر والخراج
ولنذكرها ههنا اجمالا تتميما للفائدة اما الاول وهو الانهار العظام التي لم تدخل في
المقاسم كالفرات والدجلة على ما تقدم في الشرب فاذا احتاج هذا النوع
الى الكري فمؤنة الكري واصلاح شطه على السلطان من بيت المال ولذا قال
وكري الانهار العظام من بيت المال لان منفعة كريه للعامة وبيت المال
وضعت لمصالح العامة وان لم يكن فيه اي في بيت المال شيء فعلى العامة يعني
يجبر العامة على الكري بعد ان لم يكن في بيت المال شيء لان منفعته للعامة
وقد تقدم احكام هذه الانهار في الشرب وكري ما ملك على صيغة المجهول
على اربابه لا على اهل الشفة لانهم لا يختصون به ويجبر على الكري من ابى اي امتنع من

الكرى لان فساد ذلك يرجع الى العامة وفيه تقليل الماء على اهل الشفة وعسى يؤدى
ذلك الى عزة الطعام فاذا كانت منفعته يعود اليهم وضرر تركه الى العامة
اجبرهم السلطان على الكرى دفعا لضرر العامة ولم يذكر المصنف النوع الثالث وهو
ما يكون كريه على اصحابه ولا جبر عليهم اذا امتنعوا وفسره في قاضيخان بالنهر
الخاص واختلفوا في تفسيره على اقوال قيل ان كان النهر لعشرة فما دونها
او عليه قرية واحدة يعنى ماؤه فيها فهو خاص وقيل ان كان لما دون الاربعين
فخاص ولما فوقه فعام وقيل ان كان لما دون المائة فخاص وقيل ان كان
لما دون الالف فخاص واصح ما قيل فيه ان يفوض الى راى المجتهد حتى يختار اى
الاقاويل شاء ثم في النهر الخاص لو اراد بعض الشركاء الكرى وامتنع الباقون
قال ابو بكر البلخي لا يجبرهم الامام ولو كرى الذين طلبوا الكرى والحفر كانوا متطوعين
وقال ابو بكر الاسكاف يجبرون على ذلك وقال الخصاف ان القاضي يامر
الذين طلبوا الكرى بالكرى فاذا فعلوا ذلك كان لهم منع الاخرين عن الانتفاع به
حتى يدفعوا اليهم حصصهم من مؤنة الكرى وهكذا روى عن ابي يوسف وان اراد
كلهم ترك الكرى لا يجبرهم الامام في ظاهر الرواية وقيل يجبر والاعتماد على
الظ ومؤنته اى مؤنة الكرى عليهم لان منفعته اليهم فيكون مؤنته عليهم لان الغرم
بالغنم من اعلاه اى يبدا الكرى من اعلى النهر هكذا روى عن ابي ح وقيل من اسفله لئلا يكون
له سبيل الى فتح الماء الى ارضه قبل ان يفرغ الكل عن الكرى اذ لو كان ابتداؤه من
اعلاه كان له ان يفتح اذا جاوز ارضه واذا جاوز الكرى ارض رجل من الملاك
سقطت عنه مؤنة الكرى وكان الكرى على من بقى وليس له اى لذلك الرجل سقى
ارضه ما لم يفرغ شركاؤه عن الكرى نفيا لاختصاصه به وقيل له ذلك اى سقى ارضه
بفتح الماء اليه لانتهاء مؤنة الكرى في حقه فله ان يفتح الماء ويسقى ارضه كذا في
الهداية وهذا عند ابي ح وعندهما هى اى مؤنة الكرى عليهم جميعا من اوله اى اول النهر
الى اخره بحصص الشرب والاراضى لهما ان صاحب الاعلى كما ينتفع بكرى الاعلى
كذلك ينتفع بكرى الاسفل لتسييل فضل الماء فانه اذا سد الاسفل طغى الماء
فافسد ارضه ولابي ح ان الكرى مؤنة الملك فيكون على الملاك ولا ملك لصاحب الاعلى

فيما جاوز ملكه وانما ينتفع بما جاوز ملكه بملك الغير فلا يلزمه المؤنة بحكم المنفعة كمن
له مسيل ماء على سطح جاره لا يكون عليه عمارة سطح الجار ولهذا لا يجب على اهل
الشفة الكرى بحكم المنفعة وفي قاضيخان والفتوى على قول ابي ح هذا فيما جاوز
الكرى ارضه واما اذا لم يجاوز بل انتهى الكرى الى وسط ارضه وفي وسط
ارضه فوهة يسقى منها ارضه فهل يسقط مؤنة الكرى ام لا يسقط ففي قاضيخان
وان كان فوهة النهر لا ارضه في وسط ارضه فكرى الى فوهة النهر هل
يسقط عنه الكرى اختلفوا فيه على قول ابي ح قال بعضهم يسقط ويرفع عنه
الكرى وقال بعضهم لا يسقط ما لم يجاوز ارضه وهو الصحيح لان له ان يفتح الماء
في ارضه في اوله واخره انتهى قيد بقول ابي ح لانه على قولهما لا يسقط
لانها عليهم جميعا من اوله الى اخره كما تقدم ويصح دعوى الشرب بكسر الشين
بلا ارض في الاستحسان والقياس ان لا تصح بلا ارض لان شرط صحة الدعوى
اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام
ولانه يطلب من القاضي ان يقضى له بالملك في المدعى اذا ثبت دعواه بالبينة
والشرب لا يحتمل التمليك بدون ارض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى والخصومة
كالخمر في حق المسلمين وجه الاستحسان ان الشرب مرغوب فيه منتفع به ويمكن
ان يملك بغير ارض بالارث والوصية وقد يباع الارض دون الشرب فيبقى له
الشرب وحده فاذا استولى عليه غيره كان له ان يدفع الظلم عن نفسه
باثبات حقه فيه بالبينة ومن كان له نهر يجرى في ارض غيره فاراد رب
الارض منع الاجراء فليس له ذلك اى المنع بل يجرى على ما كان لان موضع النهر
من ارض في يد رب النهر مستعملا له باجراء مائه فيه فعند الاختلاف يكون القول
قوله لشهادة الظ فان لم يكن النهر في يده بان لم يكن مستعملا باجراء ماء فيه او لم يكن
استجاره في طرفي النهر او لم يكن جاريا هكذا في النسخ بكلمة او والذى
وقع في الهداية والزيلعي بكلمة الواو وهكذا فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا وهو
الظ فادعى انه له اى رقبة النهر له او قصد اجراه اى ادعى حق المجرى في النهر لا رقبة
النهر لا يسمع بلا بينة انه له اى رقبة النهر له فاذا اقامها يقضى له بالملك لاثباته

بالحجة او انه كان له حق الاجراء في هذا النهر ليسوقه الى ارضه ليسقيها فاذا اقام
بينة يقضى له بحق الاجراء لا بملك الرقبة وعلى هذا المصب اي موضع اجتماع ما فضل
من الماء كذا فسره في الكفاية في نهر او على سطح او الميزاب عطف على المصب
والممشى اي موضع المشي في دار الغير يعني حكم الاختلاف بين المدعيين في هذه
الامور مثل الاختلاف في الشرب واعلم ان ههنا ثلث مسائل مسئلة النهر في
ارض الغير ومسئلة الميزاب ومسئلة المشي في دار الغير اما مسئلة
الميزاب والنهر فكما ذكره المص وتفصيله ما ذكره في دعوى الخانية حيث قال
اذا كان للرجل ميزاب في دار رجل فاراد رب الدار ان يمنعه من ان يسيل
فيه الماء فله منعه حتى يقوم البينة ان له حق تسييل الماء فيه ولصاحب
الدار ايضا ان يقطعه الميزاب وذكر في كتاب الشرب في نهر في ارض
رجل يسيل فيه الماء واختلفا في ذلك فالقول قول صاحب الماء الا ان في
مسئلة كتاب الشرب وضع المسئلة فيما اذا كان الماء جاريا وقت الخصومة واذا
كان الماء جاريا وقت الخصومة لا اشك انه يكون القول قول صاحب الماء الا ان يقيم
صاحب الارض بينة ان النهر ملكه وكذلك اذا لم يكن جاريا وقت الخصومة الا انه
علم انه كان يجري الى ارض هذا الرجل قبل ذلك كان القول قول صاحب الماء ويقضى
له بالنهر الا ان يقيم صاحب الارض بينة ان النهر ملكه حتى ان في مسئلة
النهر اذا لم يكن الماء جاريا الى ارض هذا الرجل وقت الخصومة ولم يعلم جريانه
الى ارضه قبل ذلك فانه يقضى لصاحب الارض بالنهر الا ان يقيم صاحب الماء بينة
ان النهر ملكه وفي مسئلة الميزاب وضع المسئلة فيما اذا لم يكن الماء جاريا
وقت الخصومة ولا يعلم جريانه قبل ذلك واذا كان كذلك فصاحب الماء لا يكون
صاحب يد في هذه الحالة ولا يقبل قوله وهذا بلا خلاف بين المشايخ واما
اذا كان الماء جاريا في الميزاب وقت الخصومة فقد اختلف المشايخ فيه منهم من
قال القول قول صاحب الميزاب كما في مسئلة النهر ومنهم من قال لا يقبل قول
صاحب الميزاب وذكر الفقيه ابو الليث عن المتاخرين من اصحابنا انهم استحسنوا
في الميزاب اذا كان تصويب سطح صاحب الميزاب الى موضع الميزاب وعلم ان التصبب

قديم لم يحدثه الميزاب ببينة فشهدوا انهم راوا يسيل فيه الماء فليست هذه الشهادة
بشيء وهذا قول الح ومحمد فان شهدوا ان له مسيل ماء في هذا الميزاب فان
بينوا انه لماء المطر او لماء الوضوء او لماء الاغتسال فلا شك ان هذه الشهادة مقبولة
فيكون له ما شهدوا له به ان شهدوا انه لماء المطر فهو لماء المطر وان شهدوا انه
لماء الوضوء والاغتسال فهو لماء الوضوء والاغتسال وليس له ان يسيل فيه
ماء المطر وان لم يبينوا شيئا من ذلك ذكر في الكتاب ان الشهادة مقبولة واختلف
فيه منهم من قال المسئلة ماولة وتاويلها انهم شهدوا على اقرار صاحب الدار بمسيل
ماء في داره من هذا الميزاب واذا كان هكذا لا شك ان الشهادة تقبل واما اذا شهدوا
على الثبات ولم يبينوا شيئا اختلفوا فيما بينهم انه اذا قبلت هذه الشهادة ماذا يثبت
بعضهم قالوا يثبت تسييل ماء المطر ومنهم من قال يثبت كلا الامرين حق تسييل ماء
المطر وحق تسييل ماء الوضوء والاغتسال جميعا ومنهم من قال يؤمر صاحب الدار
بالبيان فان قال هو لماء الوضوء فهو لماء الوضوء لا غير وان قال لماء المطر فهو لماء
المطر لا غير ويحلف الاخر وان شهدوا انه مسيل ماء دائم للوضوء والاغتسال
وماء المطر فهو جائز ويثبت جميع ذلك ولو لم يكن للمدعي بينة اصلا استحلف
صاحب الدار ويقضى فيه بالنكول انتهى واما مسئلة الممشى فقال في الخانية
ايضا قال محمد رجل له باب من داره في دار رجل فاراد ان يمر من ذلك
الباب ومنعه صاحب الدار عن المرور في داره فقال ليس لك حق المرور في
داري وادعى صاحب الباب ان له حق المرور فالقول قول صاحب الدار وعلى
الخارج البينة فان جاء بشهود شهدوا انه كان يمر فيها من هذا الباب لم يستحق
بذلك شيئا وهذا قول الح ومحمد وان شهدوا ان له طريقا ثابتا فيها وسموا
حدوده وبينوا طوله وعرضه بالذرعان قبلت شهادتهم وقضى له بذلك وكذلك
ان لم يبينوا حدوده ولا طوله ولا عرضه تقبل شهادتهم ويقضى به بقدر عرض
الباب الاعظم عرضا والى السماء طولا ومن المشايخ من قال المسئلة ماولة تاويلها
انهم شهدوا على اقرار المدعى عليه ان للمدعي طريقا ثابتا في هذه الدار اما لو شهدوا
على الثبات لا تقبل شهادتهم والاصح ان هذه الشهادة مقبولة على كل حال انتهى

فقال في الخلاصة والبزازية رجل له داران مسيل احدهما على سطح الاخرى فباع الدار التي عليها المسيل بكل حق لها ثم باع الاخرى من آخر فاراد المشتري الاول ان يمنع المشتري الثاني من اسالة الماء على سطحه له ذلك الا ان يكون اشترط عليه وقت البيع الحكم ابيع منك مسيل الماء في الدار التي بعت منك وفي النوازل له داران متلاصقان احدهما عامرة والاخرى خربة فباع الخراب وكان مصب الدار العامرة ومطلع ثلجه في الدار الخربة فاراد المشتري المنع قال الفقيه ابو بكر ان استثنى البايع لنفسه مسيل الماء في الخراب جاز وان طرح الثلج لا لعدم العرف فيه وقال الفقيه ابو الليث ان كان له ميزاب ومسيل سطوحه الى هذا الجانب وعرف ان ذلك قديم فسيله عليها له وان لم يشترط وكذا لو كان مسيل سطوحه الى دار رجل وله فيها ميزاب قديم فليس لصاحب الدار منعه في الاستحسان وبه نأخذ وعليه الفتوى واما اصحابنا فاخذوا بالقياس وقالوا ليس له ذلك الا ان يبرهن ان له حق المسيل ولو شهدوا انهم راوه يسيل الماء فليست هذه بشهادة ولو شهدوا انه مسيل ماء المطر فهو لماء المطر ولو شهدوا انه مسيل ماء دائم للوضوء والغسل والمطر جاز وان لم يبينوا فالقول لرب الدار وان لم تكن بينة يستحلف صاحب الدار ويحكم بالنكول رجل له مجرى ماء على سطح دار فخرب السطح فاصلاحه على رب السطح كالسفل مع العلو ولا يجبر على العمارة ويقال للذي له حق الاجراء اصنع ما رفقا في مقام الجرى على سطح الجار لتنفذ الماء الى مصبه وذكر في حيطان الخلاصة ايضا ولو كان لسطح بيت في دار رجل ولد اهل الدار ان يبنوا في مساحة الدار ما يقطع طريقه لم يكن لهم ذلك وينبغي ان يتركوا من ساحة الدار عرض باب الدار دار لرجل وجار من سطح احديهما اعلى ومسيل ماء العليا على الاخرى فاراد صاحب السفلى ان يرفع سطحه او يبني على سفله بناء له ذلك وليس للجار منعه لكن يطالب بحق تسييل مائه الى طرف الميزاب ولو انهدم السفل او هدمه المالك ليس للاخر ان يكلف بالعمارة لاجل اسالة الماء لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانتفاع وان اختصم جماعة في شرب مشترك بينهم ولم يدروا كيف كان اصله فاختلفوا فيه قسم الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان الحق بالشرب سقي الاراضي والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضي وكثرتها والظاهر ان حق كل واحد

منهم

منهم من الشرب بقدر ارضه وبقدر حاجته بخلاف الطريق اذا اختلف فيه الشركاء حيث يستوون في ملك رقبة الطريق ولا يعتبر في ذلك لسعة الدار وضيقها لان المقصود الاستطراق وهو لا يختلف باختلاف الدار لا يقال قد استووا في اثبات اليد على النهر فوجب ان يستووا في الاستحقاق لانا نقول الماء لا يمكن اثبات اليد عليه حقيقة اذ لا يمكن احرازه وانما ذلك بالانتفاع والظاهر ان الانتفاع متفاوت بتفاوت الاراضي فيتفاوت الاحراز الذي هو في ضمن الانتفاع فيكون في يد كل واحد منهم بحسب ذلك ويمنع الاعلى من تلك الجماعة من سكر بسكون الكاف بمعنى السد النهر على الاسفل بلا رضاهم اي رضاء الشركاء وان لم يشرب ارضه اي ارض الاعلى بدونه اي بدون السكر لان في ذلك ابطال حق الباقين فلا يجوز ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم وهو المانع من السكر فاذا رضي كل زال المانع الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح ونحوه لا يسكر بالطين والتراب ونحوهما مما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم كذا في الهداية وقال في الخلاصة والمختار انه اذا لم يمكنه سقي ارضه من غير سكر دفع الامر الى القاضي فيامرهم بالمهايأة فان اصطلحوا على ان يسكر كل شارب يومه جاز انتهى وقال في الزيلعي ولو كان الماء في النهر بحيث لا يجري الى ارض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبتدئ باهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك للاهل الاعلى ان يسكروا والقول لابن مسعود اهل النهر الاسفل امراء على اهل الاعلى حتى يرووا فان هذا يوجب بداءة اهل الاسفل وليس لواحد منهم اي من تلك الجماعة ان يشق منه اي من النهر المشترك بينهم نهرا صغيرا الى ارضه او ينصب عليه اي على النهر المشترك رحى او دالية او جسرا بلا اذن البقية لما فيه من الاضرار بهم فاذا اذنوا بذلك جاز لزوال المانع الا رحى في ملكه لانه في خالص ملكه فلا يمنع من التصرف فيه وليس فيه تنقيص الماء ولا تغييره عن سننه فيجوز قال في الزيلعي والدالية والسانية بمنزلة الرحى بخلاف القنطرة والجسر فان فيهما اشغال الموضع المشترك فيمنع منه ولو في

ملكه ولا يكون ذلك الا برضاهم انتهى فعلى هذا ينبغي ان يستثنى الدالية والسانية مثل
الرحى الدالية جذع طويل مركب تركيب مذاق الارز وفي راسه مغرفة كبيرة
والسانية البعير يسقى من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع على الماء مما يكون
متخذا من الخشب والالواح والقنطرة ما يتخذ من الحجر والآجر موضوعا لا يرفع و
ولا ان يضر الرحى الذي نصبه في ملكه بالنهر بكسر ضفته ومسناه ولا بناية
بتنقيصه او تغييره عن سننه الذي كان يجري عليه ولان ليس لواحد منهم ان
يوسع فم النهر لان فيه كسر ضفته ويزيد به على مقدار حقه في اخذ الماء
ولا ان يقسم الشرب بالايام او مناصفة بعد كون القسمة بالكوى جمع كوة
ثقب في الخشب ليجري الماء فيه الى المزارع والجداول وهذا لان القديم يترك
على حاله لظهور الحق فيه فيبقى على القسمة الاولى وهو ما يكون بالكوة ولا ان يزيد
كوة يعني لو كان لكل واحد منهم كوة مسماة في نهر خاص لم يكن لواحد منهم ان يزيد
كوة وان لم يضر الزيادة بالباقين لان الشركة خاصة بخلاف ما لو كان الكوى
في النهر العظيم فان لكل واحد منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان الكوى بطريق الاولى
ولا ان ينقص بعض كواه لما ذكرناه من ان الشركة خاصة وفي الخلاصة من
كان له شرب في ارضه في اسفل النهر ففتح ذلك في اعلاه ليس له ذلك
بخلاف ما اذا جعل باب داره في اعلى حائط له فان له ذلك وعن الامام
السرخسي ان له ان يجعل شربه اعلى او اسفل مثل باب داره يجعله في اعلى
حائط له او اسفله وذكر مثله في الزيلعي ايضا حيث قال اذا اراد ان يسفل
كوة له او يرفع من حيث العمق والسمك في مكانه يكون له ذلك في الصحيح لان
التسفل والترفع من حيث العمق لا يؤدي الى تغيير موضع فلا يمنع منه ولا ان
يسوق شربه الى ارض اخرى له ليس لها اي للارض الاخرى منه اي من شربه
ليشرب لانه اذا فعل ذلك يخشى ان يدعي حق الشرب لها من هذا النهر مع الاولى
اذا تقادم العهد وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى
الاخرى ليس له ذلك لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الاولى تنشف بعض
الماء قبل ان يسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح بابا الى دار اخرى

ساكنها

ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق فانه ليس له ان يفتح بابا له
في ذلك الطريق بخلاف ما اذا كان ساكن الدارين واحدا حيث لا يمنع من فتح
الباب في ذلك الطريق للدار الاخرى له لان المارة لا يزداد بذلك وهو المانع
من فتحه وله حق المرور فيه ويتصرف في خالص حقه وهو الجدار برفعه
ونقضه فان رضي البقية شيء من ذلك الامور المذكورة من قوله ولا ان يوسع
الى هنا جاز لزوال المانع بالرضاء ووجود المقتضي ولهم اي بقية الشركاء نقضه
بعد الاجازة ولورثتهم ايضا من بعدهم قال في الهداية ولو اراد الاعلى من
الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لبعض الماء
عن ارضه كيلا ينز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان
يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت فلا تتغير الا ان
يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا الورثة
من بعده لانه اعارة الشرب لا مبادلة لان مبادلة الشرب بالشرب باطلة
وكذا اجارة الشرب بالشرب باطلة ايضا فتعينت الاعارة فيرجع بها هو او
ورثته اي وقت شاء لان الاعارة غير لازمة هكذا في الزيلعي ويؤيده ما في
نوع القاعدة الضرر لا يصير لازما بالرضاء والاذن وههنا دقيقة ذكرها
في اوائل دعوى القاعدية حيث قال من له حق المرور في ارض غيره في
ممر معين فبنى صاحب الارض على ذلك الممر بناء باذن صاحب الحق ليس له ان
يخاصم بعد ذلك لان الحق يبطل ويسقط بالرضاء بخلاف ما اذا كان له رقبة
الطريق فبنى صاحب الارض انتهى فليتأمل وقال في حيطان القنية من
كتاب الدعوى اذا استعار من آخر جدارا ليضع جذوعه عليه ووضعها
ثم باعه المعير ليس لمشتريه ان يأمر المستعير برفع جذوعه لان المستعير وان
لم يثبت له حق لازم لكن المشتري لم يملك الجدار الا مشغولا بجذوع المستعير
فكان حقه فيه ناقصا فلا يتمكن من رفعه قال استاذنا هذا وان كان حسنا
لكني عثرت على مسئلة الاستشهاد في الامالي وفتاوى ابي الليث على خلافه
رجل اذن جاره في وضع الجذوع على حائط له او حفر سرداب تحت داره ثم

باع داره فللمشتري رفع الجذوع والسرداب الا اذا شرط في البيع ترك ذلك فـ
لا يكون له ذلك ثم ذكر مسائل من جنسه الى ان قال احدث بناء او غرفة في
سكة غير نافذة برضاء اهلها فاشترى رجل من غير اهل السكة دارا منها فله ان
يامره برفع الغرفة ولو باع ضيعة فيها اغصان جاره متدلية فللمشتري ان يامر
جاره بتفريغ الضيعة عن اغصان شجره لان المشتري يقوم مقام البايع فيما كان
للبايع ان يفعله وكذا لو كانت صاحب الضيعة كان لوارثه ان ياخذ الجار بتفريغ
ضيعته عن الاغصان قال وما ذكره م اوفق للاصول واشبه بالصواب وان
كان مسائل قسمة الكافي ليشهد لصحة جواب الخ انتهى ذكر شيخ الاسلام الانقروي
في فتاواه نقلا عن حيطان القنية دهليز مشترك بينهما بنى احدهما فوق سطحه
حجرة باذن شريكه ثم باع الآذن نصيبه من الدهليز ليس للمشتري ان يامره برفع
الحجرة عن سطحه انتهى وذكر ايضا نقلا عن العتابية لو اذن لجاره بوضع الجذوع
على حائط داره او اذن له ان يحفر سردابا تحت داره ثم باع الدار وشرط
على المشتري ان يكون الجذوع والسرداب هكذا لم يكن للمشتري ان يطالبه بالتفريغ
والشرب يورث ويوصى بالانتفاع به ولا يباع ولا يوهب ولا يوجر ولا يتصدق
ولا يجعل مهرا ولا بدل صلح والفرق ان الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه
في حقوق الميت واملاكه وجاز ان يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات
والتبرعات كالدين والقصاص والخمر فكذا الشرب والوصية اخت الميراث
فكانت مثله بخلاف البيع والهبة والاجارة والتصدق وكذا الوصية بهذه العقود
حيث لا يجوز اما للجهالة او للغرور او لعدم الملك فيه للحال او لانه ليس بمال متقوم
حتى لو اتلف شرب انسان بان سقى ارضه من شرب غيره لا يضمن على رواية
الاصل فاذا بطلت هذه العقود فالوصية بهذه العقود باطلة ايضا لان
الوصية بالباطل باطل بخلاف الوصية بالانتفاع بعين الشرب حيث يجوز لما ذكرنا
ولهذا قيد المص الوصية بالانتفاع به وكذا لا يصلح ان يكون مهرا مسمى في النكاح
وبدل الخلع والصلح عن دم عمد او عن دعوى لكنه تصح هذه العقود نفسها لانها
لا تبطل بالشروط الفاسدة ولا يملك الشرب لانه لا يملك سائر الاسباب

فكذا

فكذا بهذه الاسباب ويجب على الزوج مهر المثل في النكاح وعلى المراة رد ما
اخذت من المهر في الخلع وعلى القاتل الدية وللمدعي ان يرجع على دعواه في الصلح
لبطلان المسمى ولو مات وعليه ديون لا يباع الشرب بدون الارض لما ذكرناه
وان لم يكن له ارض فقيل يجمع الماء في كل نوبة في حوض فيباع الماء لكونه
محرزا الى ان يقضي ديونه من ذلك وقيل ينظر الامام الى ارض لا شرب لها فيضم
الشرب اليها فيبيعها برضاه ثم ينظر الى قيمة الارض بدون الشرب والى قيمتها معه
فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن الى قضاء دين الميت كذا في الزيلعي فقيد عدم
الضمان برواية الاصل احترازا عما ذكره في الخلاصة عن علي البزدوي ان غاصب
الماء سقى ارضه في نوبة صاحب الشرب يكون ضامنا بقي انه هل يطيب للغاصب
ما خرج من ذلك الماء المغصوب ففي الخلاصة نقلا عن مزارعة النوازل عن
محمد بن مقاتل في رجل سرق ماء فساقه الى ارضه او كرمه فانه يطيب له ما خرج
منه وهو بمنزلة رجل غصب شعيرا او تبنا وسمن دابته فعليه قيمة العلف وما زاد
في الدابة فهو طيب له فعلى هذا لو سرق اوراق التوت واعطى دود القز
فالابريسم يطيب له وعليه قيمة الاوراق ولا يضمن من ملا ارضه فنزت الماء
ارض جاره لانه مسبب وليس بمتعد فيه فلا يضمن لان شرط وجوب الضمان
في السبب ان يكون متعديا الا ترى ان من حفر بيرا في ارضه لا يضمن ما عطب
فيها لعدم التعدي وان حفر في الطريق يضمن للتعدي لكنهم قالوا هذا اذا سقى ارضه
سقيا معتادا واما اذا سقاها سقيا غير معتاد لا يتحمله ارضه فيضمن بالتعدي كما لو
فمن اوقد نارا في داره فاحترقت به دار جاره فان اوقد نارا معتادا لا يضمن
والا يضمن للتعدي قال في الخلاصة عن متفرقات الفقيه ابي جعفر رجل سقى
ارضه فتعدى الماء الى ارض جاره ان اجرى الماء اجراء لا يستقر في ارضه بل
يستقر في ارض جاره يضمن وان كان يستقر في ارضه ثم يتعدى الى جاره
بعد ذلك ان كان جاره تقدم اليه بالسد والاحكام فلم يسد يضمن استحسانا
وان لم يتقدم اليه لا يضمن وان كان ارضه في صعدة وارض جاره في هبطة
يعلم انه لو سقى ارضه يتعدى الى ارض جاره يضمن ويؤمر برفع المسناة حتى يحول

بينه وبين التعدي ويمنع من السقي حتى يضع المسنات وان لم يكن ارضه في صعدة
لا يمنع قال والمذكور في عامة الكتب انه اذا سقى غير معتاد ضمن وان كان
معتادا لا يضمن وان كان في ارضه ثقب او جحر فان علم بالثقب ولم يسد
حتى فسد ارض جاره يضمن وان كان لا يعلم لا يضمن على ما في نسخة الامام
السرخسي وفي النوازل نهر يجري في ارض قوم فانشق النهر وخرب بعض
ارض قوم لا لاصحاب الارضين ان يأخذوا اصحاب النهر بعمارة النهر بدون
عمارة الارض رجل سقى ارضه وارسل الماء في النهر حتى جاوز ارضه
وقد كان طرح رجل اسفل منه في النهر ترابا فمال الماء عن النهر حتى خرج فجاوز
فغرق قطن رجل فالضمان على من احدث في النهر ترابا لا على مرسل الماء في
النهر ان كان له في النهر حق ولو سد انهار الشركاء حتى ينشق وامتلأ وغرق
قطن رجل او ارسل الماء في النهر وعلى النهر انهار صغار مفتوحة الفوهات
فدخل الماء في الفوهات فافسد زرع غيره ضمن في الوجهين وتفسير
ضمان الاتلاف ان يقوم الارض مزروعة وتقوم غير مزروعة فيضمن الفضل
ولا من ارضه من شرب غيره هذا في رواية الاصل ووجهه تقدم من قبل
وعن علي البزدوي انه يضمن كما تقدم ايضا وتفسير ضمان الشرب على القول
بضمانه انه ينظر بكم يشترى لو كان بيعه جائزا والفتوى على رواية الاصل

كتاب الاشربة

جمع شراب هو اسم من الشرب اي ما يشرب مطلقا
ما كان او غيره حلالا او حراما وفي عرف الفقهاء ما حرم منه وهو على انواع
على ما سيأتي في الكتاب قال في الخلاصة نقلا عن النوازل قال الفقيه ابو
الليث شرب الاشربة على خمسة اوجه في وجه هو حلال بالاجماع وفي وجه
حرام بالاجماع وفي وجه حرام عند اصحابنا حلال عند بعض الناس وفي وجه
اختلاف بين اصحابنا اما الوجه الذي هو حلال بالاجماع وهو كل شراب لم يمض
عليه ثلاثة ايام وهو حلو واما الوجه الذي هو حرام بالاجماع فهو الخمر بعينها
والسكر من كل شراب واما الذي فهو حرام عندنا فهو ماء العنب اذا طبخ على
النصف وقد اشتد عندنا لا يجوز شربه وهو قول عامة الفقهاء وقال بشر

المريسي

المريسي يجوز شربه دون السكر واما الرابع فهو العصير جعل في الشمس حتى
ذهب ثلثاه وبقي ثلثه ولم يطبخ ولكن عولج بالخردل فانه يجوز شربه عند
علمائنا ولا يجوز عند بعض الناس واما الوجه الخامس فهو نبيذ التمر او نبيذ
الزبيب اذا طبخ ادنى طبخة ثم اشتد فانه يجوز شربه دون السكر في قول ح
وابي يوسف الآخر اذا اراد به استمراء الطعام دون اللهو وقال محمد لا يجوز
شربه قليله وكثيره حرام قال الفقيه ابو الليث وبه نأخذ وان كان شربه
للهو فقليله وكثيره حرام بالاتفاق تحرم الخمر بالكتاب والسنة والاجماع فيكفر
مستحله وهي الخمر فانها من المؤنثات السماعية التي بكسر النون وسكون
الياء والهمزة ويجوز التشديد على القلب والادغام اي غير النضيج كما في المغرب
وقال في المصباح الني مهموز وزان حمل كل شيء شأنه ان يعالج بطبخ او شيء
ولم ينضج فيقال لحم ني والابدال والادغام عامي انتهى فالنضيج والطبيخ ليس بخمر كما هو
كذلك عندنا خلافا للشافعي من ماء العنب احترز به عن غير العنب اي شيء
كان حتى لو اخرج الماء من ثفل العنب بعد عصره كان بمنزلة النقيع عند
بعض المشايخ وقال بعضهم انه بمنزلة الخمر حتى يحد شاربه قطرة منه كذا في شرح
النقاية اذا غلا اي ارتفع واشتد اي قوي بحيث يصلح للاسكار والقذف
بالزبد بفتحتين شرط عند ح خلافا لهما قالا اذا غلا واشتد يثبت اسم الخمر
عليها بلا اشتراط قذف الزبد لان اللذة المطربة والقوة المسكرة وستر العقل
به وهو معنى المخامرة يحصل بالاشتداد وهو المعنى المؤثر في الفساد وايقاع
العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله واما القذف بالزبد فلا تأثير له في
اجتلاب السكر ولا ح ان الغليان بداية الشدة وكماله بقذف الزبد وسكونه
لانه تميز الصافي عن الكدر واحكام الشرع المتعلقة بها قطعية كالحد واكفار
مستحلها ونحو ذلك فيناط تلك الاحكام القطعية بالنهاية والكمال وقيل
يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد وفي وجوب الحد على الشارب
بقذف الزبد احتياطا والطلاء اي ويحرم الطلاء ايضا هو بكسر الطاء وهو
ما اي عصير عنب طبخ منه اي من عصير العنب فذهب اقل من ثلثيه وهو حرام

وان قيل لكن حرمته دون حرمة الخمر على ما سيأتي قال في الزيلعي نقلا عن المحيط
الطلاء اسم للمثلث وهو ما اذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فان
ذهب نصفه يسمى منصفا وهو حرام ايضا وان طبخ ادنى طبخة يسمى باذقا اذا غلا
واشتد وقذف بالزبد على الاختلاف المذكور في الخمر وهذا حرام ايضا وقال
الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة قلنا انه مشروب ملذ مطرب ولهذا يجتمع
عليه الفساق فيحرم شربه للفساد المعلق به ويحرم السكر بفتحتين وهو النيء من ماء
الرطب بضم الراء تمر النخل معروف اذا غلا واشتد وقذف بالزبد على الاختلاف
المذكور في الخمر وهذا حرام ايضا وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة
قلنا انه مشروب ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه للفساد المعلق
كما سبق وقال شريك بن عبد الله انه مباح وان قذف بالزبد قلنا حرمته باجماع
الصحابة فالقول باباحته خرق للاجماع ولعل مراده بالاباحة في اوائل الاسلام
قبل التحريم ويحرم ايضا نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب اذا غلى واشتد
واشترط قذف الزبد فهي اي في كل من الطلاء والمنصف والباذق والسكر
والنقيع على ما في الخمر من الاختلاف بين الح وصاحبيه والكل اي كل من
الطلاء والمنصف والباذق والسكر والنقيع حرام باجماع اهل الاجماع والمخالف
فيه خرق للاجماع فلا يعتد به وحرمتها اي حرمة هذه الاشربة دون الخمر لان
الخمر حرام لعينها لا لسكرها والاشربة المذكورة حرام لسكرها والحرام لعينه فوق
الحرام لا لعينه قيل ان حرمة الخمر لسكرها ايضا حتى ان غير المسكر من الخمر ليس بحرام
قالوا هذا كفر لانه مخالف للكتاب والسنة والاجماع فنجاسة الخمر غليظة ونجاسة
هذه الاشربة مختلف في غلظها وخفتها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها قطعية
دون هذه الاشربة لان حرمتها اجتهادية لسكرها ويحد بشرب قطرة من الخمر
وان وصلية لم يسكر لانها حرام لعينه لا لسكره يعني ان حرمتها ليست معللة بالسكر
بخلاف هذه الاشربة كلها من الطلاء والمنصف والباذق والسكر والنقيع فان
حرمتها معللة بالسكر فلا يحد بشربها ما لم يسكر ويجوز بيع هذه الاشربة كلها
سوى الخمر ويضمن متلفها قيمتها عند الح لكونها مالا متقوما ولم يثبت ما يسقط

تقومها بخلاف الخمر لانها ليست مالا متقوما بالنص والاجماع خلافا لهما في البيع
والضمان على المتلف لكونها حراما بالاجماع وفي الخمر عدم جواز البيع وعدم
الضمان اجماع لان حرمتها قطعية ونجاستها عينية ولو طبخت الخمر او غيرها من
الاشربة المذكورة بعد الاشتداد لا تحل وان وصلية ذهب الثلثان لان الطبخ للمنع
عن ثبوت الحرمة ابتداء لا لرفعها بعد ثبوتها لكن قيل لا يحد ما لم يسكر لان الحد
في النيء خاصة بالنص فلا يتعدى الى المطبوخ منها ويحل نبيذ التمر والزبيب
اذا طبخ ادنى طبخة وان وصلية اشتد ما لم يسكر وكذا يحل نبيذ العسل والتين
والحنطة والشعير والذرة والخليطان وهو ان يجمع بين تمر وزبيب مثلا في
اناء في ماء لما روي عن عائشة قالت كنا ننبذ لرسول الله عم في سقاء
فنأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحها فيه ثم نصب عليه الماء
فننبذه غدوة فيشربه عشية وننبذه عشية فيشربه غدوة رواه ابن
ماجه صحيحا ولاطلاق ما روينا وكذا المثلث اي يحل وهو عصير العنب
اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وان وصلية اشتد وفي الحد بالسكر منها
اي من المثلث روايتان في رواية يحد به وفي اخرى لا والصحيح وجوبه اي
الحد لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة المحرمة
بل فوق ذلك وكذا المتخذ من الالبان اذا اشتد على هذا الخلاف وقيل ان
المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند الح اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه والاصح انه
يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه لكونه
آلة الجهاد فلا يتعدى الى لبنه ووقوع طلاق من سكر منها اي من المثلث تابع للحرمة
فمن قال بحرمتها قال بوقوع الطلاق بالسكر منها ومن لا فلا قال في الهداية
قال محمد في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به قالوا
هذا الجواب على هذا العموم نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل
والذرة حلال عند الح ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق
السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك هذا كله
عند الح وابي يوسف والكل اي كل من الاشربة والانبذة المتخذة من التمر

والزبيب والحنطة والشعير والعسل والذرة حرام عند محمد وبه اي بقول محمد يفتى
ويحد شاربه عنده ويقع طلاق من سكر منها وكذا عند الشافعي كما في سائر الاشربة
المحرمة والخلاف انما هو عند قصد التقوي بالشرب اما عند قصد التلهي فحرام اجماعا
لان التلهي حرام فكذا ما يفضي اليه وحل الخمر الاضافة لادنى ملابسة اي الخل المتخذ
من الخمر خلا ولو وصلية خللت بعلاج كالقاء الملح او الخبز اليها مثلا وقال الشافعي
ان خللها بالقاء شيء كالملح والخل ونحوها لا يحل ذلك الخل قولا واحدا وان خللها
بالنقل من الظل الى الشمس او ايقاد النار بالقرب منها بغير القاء شيء فلا يحل في
قول ويحل في قول الخمر ولنا اطلاق قوله عم نعم الادام الخل فيتناول جميع صورها
ولان في التخليل ازالة الوصف المفسد واثبات صفة الصلاح فيه والتغذي
به فيحل ولا باس بالانتباذ اي اتخاذ النبيذ في الدباء بضم الدال وتشديد
الباء وبالمد القرع والحنتم هو الخزف الاخضر او كل خزف وعن الجعيد هي
جرار حمر تحمل فيها الخمر الى المدينة كذا في المغرب والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت
والنقير وهو ظرف يكون من الخشب المنقورة كذا في المغرب فان هذه ظروف
تختص بالخمر في الجاهلية نهى عن الانتباذ فيها في ابتداء الاسلام ثم نسخ واباح النبي
عم الانتباذ فيها ثم ان كان الانتباذ في هذه الظروف قبل استعمالها في الخمر
لا اشكال في حله وطهارته وان استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فان كان الوعاء
عتيقا يطهر بغسله وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف
العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلثا ويجفف في كل مرة كذا في الزيلعي ويكره شرب
دردي الخمر وهو ما بقي من اسفله والامتشاط به لان فيه بعض اجزاء الخمر فكان
حراما نجسا ولا يجوز ان يداوى به كالخمر نفسها ولا ان يسقى ذميا ولا صبيا والوبال
على من سقاه كذا في الزيلعي ولا يحد شاربه بلا سكر وقال الشافعي يحد لان
فيه قطرة الخمر قلنا ان وجوب الحد للزجر والزجر يشرع فيما تميل الطبع اليه ولا يميل
الطباع الى شرب الدردي بل تعافه وتنفر منه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من
الاشربة ولا حد في غير الخمر الا بالسكر فكذا هنا ولا يجوز الانتفاع بالخمر ولا ان
يداوى بها جرح ولا دبر وهو مرض معروف دابة ولا يسقى ذميا ولو وصلية

صبيا

صبيا للتداوي لان الانتفاع بالنجس حرام بخلاف ما لو شرب لضرورة العطش
فانه يجوز مقدار دفع الضرورة قال في الخلاصة نقلا عن شرح الطحاوي
لا يحل شرب الخمر الا عند ضرورة العطش ليشرب قدر ما يندفع به عطشه
وفي فتاوى القاضي الامام فلو ان المضطر شرب الخمر مقدار ما يرويه وزيادة و
لم يسكر قالوا ينبغي ان يلزمه الحد كما لو شرب هذا القدر حالة الاختيار
ولم يسكر ولو خلط الخمر بالماء ان كان الماء قليلا او كانا سواء يحد شاربه اذا
وصل الى جوفه وان كان الغلبة للماء لا يحد شاربه الا اذا اسكر ولا تسقى الدواب
لانه من باب الانتفاع بها قال في الخلاصة ولو سقى الشاة خمرا ثم ذبحها من ساعته
يحل من غير كراهة وان مضى عليها يوم او اكثر يحل مع الكراهة وذكر الكرخي انه
لا يحل النظر في الخمر على وجه التلهي ولا ان يبل بها الطين وقيل لا يحمل الخمر اليها
اي الى الدابة فان قيدت الدابة الى الخمر فلا باس به كما في الكلب مع الميتة
فانه لو قيد الكلب وارسل الى الميتة لا باس به بخلاف حمل الميتة الى الكلب لان حمل
النجس للانتفاع لا يجوز ولا باس بالقاء الدردي في الخل لانه يصير خلا لكن
يحمل الخل اليه دون عكسه

كتاب الصيد

هو مصدر صاد يصيد
وقد يراد به المفعول تسمية للمفعول بالمصدر والاصطياد بمعناه ولذا قال هو
الاصطياد وهو حلال وحرام لان الصائد اما ان يكون محرما او لا فان كان
محرما فهو حرام وان لم يكن محرما فاما ان اصطاد في الحرم او لا فان اصطاد فيه
فكذلك والا فهو حلال بعد وجود شرائطه وهو خمسة عشر على ما ذكر في
الخلاصة والبزازية خمسة في الصائد وهو ان يكون من اهل الذكوة وان
يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك
التسمية عامدا وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل اخر وخمسة في
الكلب وهو ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه في
الاخذ كلب لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا ياكل منه وخمسة في
الصيد وهو ان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من بنات الماء الا السمك
وان يمنع نفسه بجناحيه او قوائمه وان لا يكون متقويا بنابه او بمخلبه وان يموت

بهذا الاصطياد قبل ان يصل الى ذبحه وزاد السرخسي في الصيد شرطا اخر
وهو ان يكون مما يباح تناوله وان يكون ممتنعا وحشيا وان لا يتوارى عن
بصره وان لا يقعد عن طلبه حتى يجده وفي الكتاب ايضا اشارة الى هذه
الشروط على ما سيأتي وهو اي الاصطياد جائز بالجوارح جمع جارحة وهي
الكاسبة المعلمة بصيغة المفعول كالكلب المعلم والفهد المعلم والشاهين المعلم
والباشق المعلم والعقاب المعلم والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح
مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله والمحدد بصيغة المفعول من سهم وغيره من المحدد
مما يؤكل لاكله وما لا يؤكل لجلده وشعره او ريشه او لاستدفاع شره
وكل هذا مشروع ولا بد فيه اي في الصيد هذا شروع في بيان شرطه
من الجرح فيه اشارة الى ما ذكرناه من الخلاصة والبزازية من انه لا بد ان يقتله
الكلب جرحا والى انه لا بد ان يموت بهذا الاصطياد يعني لو وجد ميتا قبل
ان يصل الى ذبحه لا بد ان يموت من جرح الكلب من هذا الاصطياد بخلاف
ما لو وصل اليه قبل موته حيا لا بد ان يذبحه وكون المرسل اي مرسل الكلب
ونحوه من الجوارح المعلمة او الرامي اي رامي المحدد من السهم وغيره مسلما
او كتابيا فيه اشارة الى الشرط في الصائد وهو كونه من اهل الذكوة وان
لا يترك التسمية عمدا عند الارسال او الرمي بخلاف ما لو تركه نسيانا فانه لا يضر
وهو احد الشروط الخمسة المذكورة في الصائد وكون الصيد ممتنعا اي
يمنع نفسه بجناحيه او قوائمه يعني ان يكون متوحشا وهو احد الشروط المذكورة
في الصيد وان لا يقعد الصائد عن طلبه بعد التواري عن بصره حتى
يجده وان لا يشارك المعلم اي الكلب المعلم او البازي المعلم غير الكلب والبازي
المعلم او مرسل اسم مفعول من لا يحل ارساله كالمجوسي اي لا يشارك المعلم معلم
من ليس باهل للارسال الى الصيد كالمجوسي لان الشرط كون المرسل مسلما او كتابيا
وان لا يطول وقفته اي وقفة الكلب المعلم بعد الارسال لغير الكمان اي استتار
واختفاء للصيد متعلق بالكمان يعني يحل اكل الصيد بشرط ان لا يطول مكثه
بعد الارسال لان المكث للصيد حيلة منه ليتمكن من الصيد ثم وثب عليه فلا يقطع

الارسال بخلاف ما لو مكث بعد الارسال للاستراحة فانه يقطع الارسال فلم يكن
الاصطياد مضافا الى الارسال فلا يحل ويجوز الاصطياد بكل جارح اي كاسب
علم على صيغة المجهول من التفعيل من ذي ناب اي يصيد بنابه كالكلب المعلم والفهد
المعلم بخلاف الاسد والذئب والدب والخنزير فانه لا يجوز الاصطياد بها اما
الخنزير فلنجاسة عينه لا يجوز الانتفاع بها واما الاسد فلانه لا يعمل لغيره لعلو
همته واما الذئب والدب فلانهما لا يعملان لغيرهما لكمال خساستها ومن
شان التعليم ان يعمل المعلم اسم مفعول لغيره لا لنفسه او مخلب اي يصيد بمخلبه
من الطيور كالشاهين والباشق والعقاب المعلم ويثبت التعلم بغالب الراي
او بالرجوع الى اهل الخبرة عند ح وعندهما وهو رواية عن الامام يثبت في
ذي الناب بترك الاكل ثلثا حتى لا يحل ما اصطاده ثالثا على هذه الرواية لانه
انما يصير معلما بتركه ثلثا لان تركه مرة او مرتين يحتمل ان يكون شبعا منه فاذا تركه
ثلثا دل على انه صار عادة له وهو من امارة التعلم ولان الكثير هو الذي يقع امارة
على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلث فقدرناها والمراد بذي الناب
الكلب واما الفهد ونحوه فلا بد في معرفة تعلمها من ترك الاكل والاجابة اذا
دعيا كما صرح به في الدرر وفي ذي المخلب بالاجابة اذا دعي بعد الارسال
فلو اكل منه اي من الصيد البازي اكل ذلك الصيد وهو على صيغة المجهول وهذا
لان اكله مما اصطاده لا يضر تعلمه لان تعلمه بالاجابة اذا دعي لا بترك الاكل
لا يؤكل منه ان اكل منه اي من الصيد الكلب او الفهد لان تعلمها بترك الاكل فاكله
يدل على عدم تعلمه فلا يحل اكل ما اكله من الصيد فان اكل الكلب او الفهد او ترك
البازي ونحوه من ذي المخلب الاجابة بعد الحكم بتعلمه حرم ما صاد بعده حتى يتعلم
لان كلا من الاكل والترك اية الجهل فلا يكون معلما فلا يحل وكذا اي حرم اكل ما صاد
قبله اي قبل الاكل بعد الترك ثلث مرات وبقي ذلك الصيد في ملكه هذا عند
ح خلافا لهما يعني ان الصيود التي اخذها الكلب او البازي الذي حكم بتعلمه قبل
الاكل والترك لا يخلو من ثلثة اوجه فما اكل المالك منها فلا يظهر الحرمة فيه لانعدام
المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو

محرز في بيت المالك بان بقي في بيته بعد ما صاد الكلب او البازي قبل الاكل ثم
اكل صيد المحرز فهو حرام عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على
الجهل فيما قبله لان الحرفة قد تنسى فيقتصر الحرمة على ما اكل وما بعد ولان فيما
احرزه في بيته قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد لم مثله لان
المقصود وهو الاحراز قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه
لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا ولابي حنيفة ان اكله آية جهله
من الابتداء فاذا اكل تبين انه كان ترك الاكل للشبع لا للعلم كذا في الهداية فان
شرب الكلب من دمه اي دم ما صاده ولم ياكل لحمه او نهسه اي عضه فقطع منه
اي ما صاده بضعة فرماها اي البضعة واتبعه اي الصيد اكل الصيد في
كل من الصورتين لانه ممسك للصيد عليه وهذا في غاية علمه حيث شرب
ما لا يصلح لصاحبه وامسك ما يصلح له وان وصل اليه اكل الكلب تلك البضعة
بعد صيده لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى عليه طعاما غيره وكذا لا يحل اكله
لو اكل الكلب او البازي ما اطعمه صاحبه من الصيد او اكل هو شيئا منه اي
من الصيد بعد احراز صاحبه لانه لم يبق بعد الاحراز صيدا فصار كما اذا اكل شيئا
من طعام صاحبه بخلاف ما لو اكل القطعة المقطوعة من الصيد قبل اخذه اي
اخذ الكلب الصيد ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه حيث لا يحل اكله لانه صيد
كلب جاهل حيث اكل من الصيد وان خنقه الكلب ولم يجرحه لا يؤكل لان الجرح
شرط على ما تقدم وكذا ان شاركه اي الكلب المعلم كلب غير معلم او كلب مجوسي
او كلب ترك مرسله التسمية عمدا لانعدام شرط الحل كما تقدم وان ارسل
مسلم كلبه فزجره اي اغراه بالصياح فانزجر الكلب بالاغراء بالصياح بان زاد
طلبه حل اكله وبالعكس لو ارسل مجوسي كلبه فزجره مسلم فانزجر حرم لفقد
الشرط وهو كون المرسل مسلما او كتابيا وان لم يرسله احد فزجره مسلم او غيره
فالعبرة للزاجر وان ارسله ولم يسم ثم زجره فسمى فالعبرة لحال الارسال لانه
بمنزلة امرار الشفرة بالذبح وان ارسله على صيد معين فاخذ ذلك الكلب
غيره اي غير ذلك الصيد المرسل اليه حل ما اخذه ما دام الكلب على سنن ارساله

وقال

وقال مالك لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه والتسمية
وقعت عليه فلا يتحول الى غيره كما اذا اضجع شاة وسمى عليها فخلاها وذبح غيرها
بتلك التسمية وقال ابن ابي ليلى يتعين المعينة بالتعيين مثل قول مالك حتى لا يحل
غيره بذلك الارسال ولو ارسل من غير تعيين يحل ما اصابه خلافا لمالك
وهذا بناء على ان التعيين شرط عند مالك وعنده ليس بشرط ولكن اذا عين
يتعين وعندنا التعيين ليس بشرط ولا يتعين بالتعيين ايضا لان الشرط ما
يقدر عليه المكلف ولا يكلف بما لا يقدر عليه والذي في وسعه ايجاد
الارسال دون التعيين لانه لا يمكنه ان يعلم الكلب او البازي على وجه لا ياخذ
غير ما عينه ولان التعيين غير مفيد في حقه ولا في حق الكلب لان المقصود
كلها فيما يرجع الى المقصود سواء وكذا في حق الكلب لان قصده الى اخذ كل صيد
يتمكن من اخذه بخلاف ما استشهد به مالك لان التعيين في الشاة ممكن وكذا
غرضه متعلق بمعين فتعين التسمية هناك بالمضجع للذبح وكذا لو ارسله على صيود
بتسمية واحدة فاخذ كلها حلت كلها لان الذبح يقع بالارسال ولهذا يشترط
التسمية عند الارسال والفعل وهو الارسال واحد فيكتفى بتسمية واحدة فصار
كما اذا اضجع شاتين احديهما فوق الاخرى فذبحهما دفعة واحدة بتسمية واحدة
وان ارسل الفهد فكمن الفهد اي استتر على ما هو عادته عند الصيد حتى استمكن ثم
اخذ الصيد حل لان ذلك عادته فلا ينقطع به فور الارسال وعد ذلك منه
من الخصال الحميدة قال الحلواني للفهد خصال حميدة ينبغي للعاقل ان ياخذ ذلك
منه منها انه يكمن للصيد حتى يستمكن منه فيحصل مقصوده من غير اتعاب نفسه
وهكذا ينبغي للعاقل ان لا يجاهر عدوه بالخلاف ولكن يطلب الفرصة حتى يستمكن
منه فيحصل مقصوده من غير اتعاب نفسه ومنها انه لا يعدو خلف صاحبه
حتى يركبه خلفه وهو يقول هو المحتاج الى الصيد فلا اذل نفسي وهكذا ينبغي للعاقل
ان لا يذل نفسه فيما يفعل لغيره ومنها انه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب
بين يديه اذا اكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغي للعاقل ان يتعظ بغيره
ومنها انه لا يتناول الخبيث من اللحم وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبغي

للعاقل ان لا ينتنا ولا الا الطيب ومنها انه يثب ثلثا او خمسا فان لم يتمكن من اخذه
تركه ويقول لا اقتل نفسي لغيري وهكذا ينبغي لكل عاقل وكذا الكلب اذا اعتاد
ذلك اي الاختفاء لانه لا يقطع فور الارسال كما في الفهد ولو ارسله على صيد
فقتله ثم اخذ صيدا اخر اكلا جميعا لان الارسال لم ينقطع كما اذا رمى صيدا
فاصاب السهم اثنين فانه اكلا جميعا بخلاف ما لو جثم على الاول طويلا ثم مر صيد
اخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه طويلا اذ لم يكن ذلك حيلة
منه للاخذ وانما هو للاستراحة ولو ارسل بازية المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع
الصيد فاخذه وقتله يؤكل اذ لم يمكث زمنا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة
للتمكن منه ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان او لا
لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا يثبت الاباحة بدونه وان كان مرسلا
فهو مال الغير فلا يجوز تناوله الا باذن صاحبه ولو ارسل كلبين فجرحه احدهما
وقتله الاخر اكل لان الامتناع من الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل
عفوا ما لم يكن ارسال احدهما بعد ما اثخنه الاول ولو ارسل رجلان كل واحد
منهما كلبا فجرحه احدهما وقتله الاخر اكل اذا كان ارسال الثاني قبل تثخينه الاول
كما ذكرناه والملك لصاحب الاول اذا كان اثخنه قبل ان يجرحه الثاني لانه اخرجه
عن حد الصيد فملكه به ولا يحرم بجرح الثاني بعدما اثخنه الاول لان ارسال
الثاني حصل الى الصيد قبل ان يثخنه الاول لان المعتبر في الحل والحرمة حالة
الارسال لقدرته على الامتناع ولا يعتبر بعده لعدم قدرته عليه كذا في الزيلعي
ولما ذكر حكم الالة الحيوانية شرع في بيان حكم الالة الجمادية فقال واذا رمى
بسهمه وسمى اكل ما اصاب ان جرحه لما رواه البخاري ومسلم مرفوعا انه عم قال
لعدي بن حاتم اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان وجدته قد قتل فكل الا
ان تجده قد وقع في ماء فانك لا تدري الماء قتله ام سهمك وفي اطلاق
قوله ما اصاب اشارة الى ما ذكره الزيلعي ومن سمع حسا اي صوتا ظنه حس صيد
فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل
المصاب سواء كان الصيد المسموع حسه ماكولا او غير ماكول بعد ان كان المصاب

ماكولا

ماكولا لانه وقع اصطيادا مع قصده الاصطياد وعن ابي يوسف انه خص من ذلك
الخنزير لتغليظ حرمته وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الاصطياد لا يفيد
الاباحة فيه وجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالماكول لقوله تعالى
واذا حللتم فاصطادوا فكان اصطيادا مباحا واباحة التناول ترجع الى المحل
فيثبت بقدر ما يقبلها المحل لحما او جلدا وقد لا يثبت بالكلية اذا لم يقبلها المحل
كالخنزير واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين
انه حس جراد او سمك فالمصاب لا يؤكل لان الزكوة لا تقع عليها فلا يكون
الفعل ذكوة كذا في النهاية وان تبين ان المسموع حس ادمي او حيوان اهلي
او ظبي مستانس او موثق لا يحل المصاب لان الفعل لم يقع اصطيادا ولا يقوم
مقام الذكوة ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه ادميا فتبين انه صيد حل
لانه لا معتبر بظنه مع تعينه صيدا على ما ذكره في الهداية واختاره المص كما ذكره
في اخر هذا الكتاب وذكر في الزيلعي عزوا الى المنتقى اذا سمع حسا فظن انه
انسان او دابة او حية فرماه فاذا ذلك الذي سمعه صيد فاصاب سهمه
ذلك الصيد الذي سمع او اصاب صيدا اخر وقتله لا يؤكل لانه رماه وهو
لا يريد الصيد ثم قال في المنتقى ولا يؤكل الصيد الا بوجهين ان يرميه وهو
يريد الصيد وان يكون له الذي اراده او سمع حسه ورمى اليه صيدا سواء كان
ما يؤكل او لا وهذا يناقض ما ذكره في الهداية من انه حل لانه لا معتبر بالظن
وقال في الزيلعي وما ذكر في المنتقى اوجه لان الرمي الى الادمي ونحوه ليس
باصطياد ولا يمكن اعتباره ولو اصاب صيدا والجواب عنه سيأتي في اخر
هذا الكتاب وان تركها اي التسمية عمدا حرم لانها شرط الحل بالنص والاجماع وان
وقع السهم برأي بصيد فتحامل الصيد بذلك السهم وغاب الصيد عن بصره
متحاملا لسهمه ولم يقعد المالك عن طلبه اي طلب الصيد ثم وجده ميتا حل ان
لم يكن به جراحة غير جراحة السهم ولا يحل ان قعد عن طلبه ثم وجده لما روي
عن النبي عم انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتله
ولان احتمال الموت بسبب اخر قائم فلا ينبغي ان يحل كله لان الموهوم في هذا كالمتحقق

لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعري الاصطياد
عنه ولا ضرورة فيما اذا كان قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب
عمله والذي رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل
فاذا بات ليلة لا يحل كذا في الهداية فظهر منه ان من شرط الحل عندنا ان
لا يتوارى عن بصره وان توارى فان لا يقعد عن طلبه والا فيحرم وعند
مالك ليس شيء من عدم التوارى وعدم القعود عن طلبه بعد التوارى شرطا
بل الشرط عدم طول التوارى بالبيتوتة وجعل قاضيخان في فتاواه عدم
التوارى من شروط حل الصيد حيث قال والشرط السابع ان لا يتوارى
عن بصره او لا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده
لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن
عباس كل ما اصميت ودع ما انميت والاصماء ما رايته والانماء ما توارى عنك
وعن رسول الله عم انه قال لعدي بن حاتم وان وقعت رميتك في الماء
فلا تاكل فانك لا تدري ان الماء قتله ام سهمك انتهى والحكم فيما جرحه الكلب كالحكم
فيما جرحه السهم فيما ذكر من الاحكام وكذا الحكم في ارسال البازي كالحكم فيما جرحه
السهم فان رماه اي الصيد فوقع في ماء او على سطح او على جبل او حجر او شجر
او حائط او آجرة ثم تردى الى الارض فمات حرم لقوله تعالى والمتردية ولما
رواه البخاري ومسلم انه عم قال لعدي اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه
فان وجدته قد قتل فكل الا ان تجده قد وقع في ماء فانك لا تدري الماء
قتله ام سهمك والحاصل انه احتمل موته بغيره لان هذه الاشياء مهلكة
ويمكن الاحتراز عنها فيحرم بخلاف ما اذا كان لا يمكن التحرز عنه وكذا اي حرم لو وقع
على رمح منصوب او قصبة قائمة او حرف آجرة فجرح بها اي بهذه الاشياء وهذا
لاحتمال موته بهذه الاشياء لانها مهلكة ويمكن الاحتراز عنها وان وقع على الارض
ابتداء حل لانه لا يمكن التحرز عنه فسقط اعتباره كيلا ينسد باب الاصطياد
بخلاف ما اذا امكن التحرز عنه كما في الصور المذكورة فانه يعتبر فانه لا يؤدي الى
سد باب الاصطياد وكذا اي حل لو وقع الصيد على صخرة اي حجر عظيم او آجرة فاستقر

ولم يخرج

ولم يخرج لعدم احتمال موته بسبب آخر قيده بعدم الانخراج لما ذكره في المنتقى لو رمى
صيدا فوقع فانفلق راسه او انشق بطنه لم يؤكل لاحتمال موته بسبب آخر قال
الحاكم ابو الفضل وهذا خلاف اطلاق الجواب المذكور في الاصل وهو قوله
لو وقع على صخرة فاستقر بدون تقييده بالانخراج ولكن يجوز اطلاق الجواب
المذكور في الاصل فيما عدا هذا المفسر لان حصول الموت بالانفلاق الراس
والانشقاق البطن ظاهر وبالرمي موهوم متردد فالظاهر اولى باعتبار من
الموهوم فيحرم بخلاف ما اذا لم ينشق ولم ينفلق لان موته بالرمي هو الظاهر فلا يحرم
فيحمل اطلاق الجواب في الاصل عليه وحمل السرخسي ما ذكر في المنتقى على
ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق كذلك وحمل المذكور في الاصل على انه
اذا لم يصبه من الصخرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه فحل لذلك هكذا
ذكره في الزيلعي وقال وكلا التأويلين ومعناهما صحيح لان كلاهما محتمل فيحمل
ما ذكر في الاصل على ما اذا مات بالرمي وما ذكر في المنتقى على ما اذا مات
بغيره وفي لفظ المنتقى اشارة اليه الا ترى انه قال لاحتمال الموت بسبب آخر
غير الرمي وهذا يرجع الى الخلاف للفظ دون المعنى فلا نبالي به انتهى وان وقع في
الماء فمات حرم لما رويناه وبيناه وان كان الطير مائيا فوقع فيه فان انغمس
جرحه فيه اي في الماء حرم لاحتمال الموت بانغماسه في الماء دون
الرمي لان شرب الجراحة الماء سبب لزيادة الالم والا اي وان لم ينغمس جرحه
حل لعدم احتمال الموت بالانغماس وحرم ما قتله المعراض وهو السهم الذي
لا ريش له بعرضه لانه لا يخرق الجلد ولا يجرح في الاغلب والاصل لوجود
الشرط وهو الجرح كذا في الاختيار والبندقة اي يحرم ما قتله البندقة
وهي طينة مدورة او رصاص مدور يرمى بها ولم يجرحه هذا القيد لم يذكر في
الهداية والكنز وغيرهما قلت الصواب تركه كما في الكتب لان ذكره ليشعر ان
البندقة لو جرحته يحل والحال انه لا يحل ولو جرحته على ما هو الظاهر من الهداية
والزيلعي وبه صرح ابن نجيم في فتاواه وسننقله بعبارته وهذا لان البندقة
انما تقتل فيحتمل انه مات من ثقله او خفيف غير محدد وشرط الحلال ان كان الرمي

خفيفا ان يكون محددا وان اصابه بحجر وجرحه بحده فان كان الحجر ثقيلا لا يؤكل
لاحتمال انه قتله بثقله وان كان خفيفا اكل لانه قتله بحده هكذا ذكره في
الهداية حيث قال ولا يؤكل ما اصابته البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح
فصار كالمعراض اذا لم يخرق وكذلك ان رماه بحجر فمات لا يؤكل وان جرحه اذا
كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل
لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه
يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم يبضع بضعا لا تحل لانه قتله
دقا وهذا اذا رماه بها فابان راسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل
الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك او لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا
او بعود حتى قتل لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة فبضع
بضعا فلا باس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت
اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا وان كان مضافا الى الثقل
بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدري انه مات بالجرح او بالثقل كان حراما
احتياطا انتهى فظهر منه ان ما قتله الصياد من الطيور بالبندقة المتخذة من
الرصاص ونحوه لا يؤكل وان جرح لاحتمال انه مات من ثقلها لا من جرحها ولهذا
قال في شرح النقاية للقهستاني حرم ما قتله معراض بعرضه او بندقة ثقيلة ذات
حدة وان جرحه لاحتمال ان يكون بثقله ولو كانت خفيفة ذات حدة وجرحته
حل لانه قتل بالحدة انتهى وبه صرح ابن نجيم في كتاب الصيد من فتاواه
حيث قال سئل عن اصطياد طيور ابالبندق الرصاص او الطين هل يحل اكلها
اجاب لا يحل اكلها انتهى بلفظه وقال في الحاوي القدسي ولا يؤكل ما اصابته
البندقة ان مات منها والحاصل ان شرط الحل هاهنا كون ما يرمى خفيفا محددا
وان يكون الصيد مجروحا به حتى لو كان ما يرمى ثقيلا محددا لا يؤكل وان جرح
لاحتمال موته من الثقل ولو لم يكن الصيد مجروحا به لا يؤكل ايضا وان كان
ما يرمى خفيفا محددا ومطلق الجرح لا يكفي في الحل بل لا بد ان يكون الجرح من
الخفيف المحدد ومنه ظهر ضعف ما قال في فتاوى قاضيخان ومثقل الحديد وغير

الحديد

الحديد سواء ان خرق حل والا فلا انتهى فان المفهوم منه جواز الاكل بمطلق الجرح وان
كان الجارح ثقيلا وان لم يجرحه لا يؤكل مطلقا اي سواء كان الحجر المرمي ونحوه ثقيلا
او خفيفا لان الجرح من شرط الحل وقد فقد ولو رماه بسيف او سكين فاصابه
ظهره او مقبضه فقتله لا يؤكل وكذا لو اصاب قفاء السكين بخلاف ما لو اصاب
السكين او السيف بحده وجرحه فانه يؤكل لانه بمنزلة الذبح الحقيقي وشرط في
الجرح الادماء اي انهار الدم وقيل لا يشترط فلو جرح ولم يخرج الدم لا يحل على
القول الاول لانعدام معنى الذكوة فيه وهو اخراج الدم النجس وقد شرطه
النبي عم انهر الدم بما شئت ويحل على القول الثاني لانه اتى ما في وسعه
وهو الجرح واخراج الدم ليس في وسعه فلا يكون مكلفا به لان الدم قد يحتبس
لغلظه او لضيق المنفذ بين العروق وقيل ان كان الجرح كبيرا لا يشترط الادماء
وان صغيرا يشترط وان اصاب السهم ظلفه قال في المصباح الظلف من الشاة
والبقر كالظفر من الانسان او قرنه فان ادماه حل والا فلا يحل بالاتفاق
وان رمى صيدا بسيف او سكين فقطع عضوا عنه اكل الصيد ان مات من جرحه
دون العضو وقال الشافعي اكلا جميعا وان مات الصيد منه لانه مبان بذكوة
الاضطرار فيحل كالمبان بذكوة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بذكوة
ولنا قوله عم ما قطع من بهيمة وهي حية فما قطع منها فهو ميتة ذكر الحي مطلقا
فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه هنا
حي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه ولهذا اعتبر
هذا القدر من الحيوة حتى لو وقع في الماء وفيه قدر هذا من الحيوة يحرم بخلاف
ما اذا ابين بذكوة الاختيار لان المبان منه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء
في هذه الحالة او تردى من الجبل لا يحرم لان موته قد حصل بالذكوة حكما
فلا يضاف الى غيره وان كان يحصل بذلك حقيقة والجواب عن قوله ابين
بالذكوة انه حال وقوعه لم يقع ذكوة لقيام الحيوة في الباقي حقيقة وحكما
وانما تقع ذكوة عند موته وفي ذلك الوقت لا يظهر في المبان لعدم الحيوة فيه
ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما

لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل كذا في الزيلعي وان قطعه ولم يبنه فان احتمل
الالتئام اكل العضو ايضا والا اي وان لم يحتمل الالتئام فلا يؤكل لانه يعد ابانة
وان قده اي قطع الصيد نصفين طولا او عرضا على ما في المضمرات وقاضيخان
او اثلاثا والاكثر اي الثلثان من جانب العجز اكل الكل اما في الاول فلانه لا يتوهم
بقاء الصيد حيا بعد ذلك فكان ذلك بمنزلة الذبح الحقيقي كذا في قاضيخان
واما في الثاني فلان ما بين النصف الى العنق مذبح لان الاوداج تكون من القلب
الى الدماغ فاذا ابان الثلث مما يلي الراس والثلث مما يلي العجز فلانه يؤكل الثلثان
مما يلي الراس ولا يؤكل الثلث مما يلي العجز لان فعله هذا لم يقع ذبحا لعدم قطع الاودا
ج وكذا لو قطع يده او رجله او فخذه او اقل من نصف راسه يحرم المبان
ويحل المبان منه لما ذكرناه وكذا لو قطع نصف راسه او اكثر راسه اي حل الاكل
لانه لا يتوهم بقاؤه حيا بعد ذلك فكان ذلك بمنزلة الذبح بخلاف ما اذا قطع
اقل من نصف راسه كما ذكرناه هذا كله اذا لم يدرك ذكوته واذا ادرك الصيد
حيا فوق حيوة المذبوح فلا بد من ذكوته لانه قدر على الاصل وهو الذكوة الاختياري
قبل تقرر الفرع وهو الذكوة الاضطراري وان تركها اي الذكوة الاختياري متمكنا منها حرم
اكله لانه ترك الاصل وهو الذكوة الاختياري بعد ان قدر عليه قبل تقرر البدل
فلا بد منه فاذا تركه يحرم عليه تناوله لانه يصير ميتة بترك الاصل وكذا اي يحرم
لو كان المدرك غير متمكن من الذكوة في ظاهر الرواية عن الامام وعنه وعن
ابي يوسف انه يحل عند عدم التمكن منها وهو قول الشافعي ايضا لانه لم يقدر على الاصل
فصار كما اذا راى الماء ولم يقدر على الاستعمال وجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه
ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتبار الذبح نفسه حقيقة
لانه لا بد له من مدة والناس متفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة
والهداية في امر الذبح فلا يمكن ضبطه فادير الحكم على ثبوت اليد لانه هو المشاهد
المعاين فلا يحل اكله الا بالذكوة سواء كانت حيوته خفية او بينة بخلاف ما اذا
بقي فيه من الحيوة قدر ما بقي في المذبوح لانه ميت حكما ولهذا لو وقع في الماء
وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع فيه وهو ميت وفصل بعضهم وقال انه ان لم يتمكن

منها

منها لفقد الالة لم يؤكل لان التقصير منه وان لم يتمكن منها لضيق الوقت يؤكل
وان لم يبق من حيوته الا مثل حيوة المذبوح وهو ما لا يتوهم بقاؤه فلم يدركه حيا
وهو جواب الشرط المذكور اي يحل اكله لما ذكرناه من انه ميت حكما والميت ليس
بمذبح لان هذا القدر من الحيوة لا يعتبر قال الصدر الشهيد ان هذا بالاجماع و
وقيل ليس بالاجماع بل هذا قولهما والحكم عند الامام لا بد من تزكيته ايضا اي كما اذا ادركه
حيا حيوة فوق حيوة المذبوح فان زكاه حل والا فلا يحل بناء على ان الحيوة
الخفية معتبرة عنده لا عندهما وكذا اي يحل ان ذكى المتردية اي الساقطة من
مكان مرتفع والنطيحة اي المضروبة بالقرن والموقوذة اي المضروبة بالخشب والتي
نقر اي شق الذئب بطنها وفيه اي في كل من هذه الاربعة حيوة خفية او جلية
حل عند الامام وعليه الفتوى وعند ابي يوسف ان كان لا يعيش مثله لا يحل وعند
محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح حل والا فلا وجه الامام قوله تعالى الا ما
ذكيتم لانه استثناء مطلقا من غير فصل ووجه ابي يوسف انه اذا كان في هذه
الحالة لم يكن موته مضافا الى الذبح ووجه محمد انه لا عبرة بالحيوة الخفية وان رمى
صيدا فاثخنه قال في المصباح اثخنه اوهنه بالجراحة واضعفته واخرجه عن
حيز الامتناع ثم رماه اخر فقتله حرم اكله لانه لما خرج بالرمي الاول عن حيز الامتناع
وصار الاول قادرا على ذكوة الاختيار وجب عليه ذكوته فلما قتله الثاني قبل
ذكوة الاضطرار كان قاتلا له بعد وجوب ذكوة الاختيار فيحرم اكله لها كيف ولو
ترك ذكوته بعد القدرة عليها كان يحرم فالقتل اولى ان يحرم به لكن هذا اذا كان
الصيد بحال يحتمل ان يسلم من الاول لان موته يضاف الى الثاني فيحرم اما اذا
كان الرمي الاول بحال لا يسلم الصيد منه بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر
ما يبقى في المذبوح فيحل لان موته لا يضاف الى الرمي الثاني فلا اعتبار بوجوده
وعدمه لكونه ميتا حكما ولهذا لو وقع في الماء في هذه الحالة لا يحرم لو وقع
فيه بعد موته ولو كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد لكن حيوته فوق
حيوة المذبوح بان كان يبقى يوما او يومين فعند ابي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية
لان هذا القدر من الحيوة عنده غير معتبرة وعند محمد يحرم لان هذا القدر من

الحيوة معتبر عنده كما تقدم فصار حكمه حكم ما اذا كان الاول يسلم منه فلا يحل وضمن
الثاني قيمته مجروحا للاول لانه اتلف صيدا مملوكا للغير لانه ملكه بالاثخان وقد جرحه
الثاني بقتله فكان متلفا فيلزمه قيمة ما اتلف وقيمته وقت اتلافه كان ناقصا
بجراحة الاول فيلزمه ذلك لان قيمة المتلف تعتبر وقت الاتلاف فصار كما لو اتلف عبدا
مريضا او شاة مجروحة فانه يلزمه قيمته منقوصا بالمرض او الجرح هكذا ذكر في الهداية
ثم قال تاويله انه اذا كان علم ان القتل بالثاني بان كان الاول بحال يمكن ان يسلم
الصيد منه والثاني بحال لا يسلم منه الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني
وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا
وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدرى قال في الزيادات يضمن
الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين ثم يضمن نصف
قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه
اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون متلفا نصفه وهو مملوك
غيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بضمانه والثانية
ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكوة
الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن
النصف الاخر لانه ضمنه مرة حيث ضمن نصف قيمته حيا فدخل ضمان اللحم فيه
انتهى فعلى هذا ينبغي ان يحمل كلام المص على ما علم ان القتل وقع بالثاني والامام
قاضيخان ذكر هذه المسئلة في فتاواه مثل ما ذكره المص ولم يتعرض الى ما
ذكره صاحب الهداية من الفرق بين ما علم ان القتل وقع بالثاني وحده وبين ما
وقع بالجراحتين او لم يدر حيث قال وان رمى سهما الى صيد فاصابه السهم فاثخنه ثم
رماه اخر فقتله لا يحل اكله لان سهم الاول لما اثخنه فقد اخرجه من ان يكون
صيدا فلا يحل الا بذكوة الاختيار ويضمن الثاني للاول قيمته مجروحا لانه صار ملكا
للاول وقد جرحه الثاني فيضمن قيمته انتهى وينبغي ان يحمل هذا ايضا على ما علم ان
القتل وقع بالثاني لان المطلق يحمل على المقيد في حادثة واحدة ثم بيان الضمان
ان الرامي الاول اذا رمى صيدا يساوي عشرة مثلا فنقصته درهمين مثلا ثم رماه

الثاني فنقصته درهمين ايضا ثم مات العبد فعلى اطلاق ما ذكره قاضيخان والمص
يضمن الثاني ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمان سواء علم انه مات من رمي
الثاني او من الجراحتين او لم يدر وعلى طريقة ما ذكره صاحب الهداية في الفرق
من الزيادات يضمن الثاني اولا درهمين لان ذلك القدر من النقصان حصل
بفعله فبقي من قيمته ستة ثم يضمن نصف الباقي وهو ثلثة وهو المراد بقوله في
الزيادات ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين يعني به نصف قيمته حيا
مجروحا بالجراحتين ثم اذا مات يضمن نصف الاخر بعد الموت وان كان فيه تفويت
اللحم موجودا بقتله لانه ضمن ذلك حيا فلو ضمنه بعد الموت ايضا يلزم تكرار
الضمان بان يضمن قيمته حيا ثم يضمن قيمة لحمه بعد الموت وذا لا يجوز في الشرع
وان لم يثخنه الاول وهو للثاني لانه هو الاخذ له وقد قال عم الصيد لمن اخذه
وانما حل اكله لانه لما لم يخرج بالاول من حيز الامتناع كان ذكوته ذكوة الاضطرار
وهو الجرح في اي موضع كان وقد وجد ذلك واعلم ان في هذه المسئلة
تفصيلا لم يستوف المص وهو ان الرجلين اذا رميا صيدا فهذا على قسمين لانهما
اما ان رميا معا او متعاقبا والاول على اوجه فاذا رمياه معا فاما ان يصيبا
معا او يصيب احدهما اولا والاخر ثانيا فان اصاب احدهما اولا فاما ان يثخنه
قبل اصابة الثاني اولا يثخنه فبلغ الاقسام ثلثة والثاني كذلك لانه اما ان
رماه الثاني قبل اصابة السهم الاول او بعد اصابته فان كان بعد اصابته فاما
ان يثخنه الاول او لم يثخنه فبلغ ايضا ثلثة والقسم الاول بوجوهه والوجه
الاول من القسم الثاني غير مذكور في الكتاب وانا اذكر ذلك فان رميا
معا واصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا ويؤكل لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح
فيحل تناوله اعتبارا بحالة الرمي فانه كان صيدا حال رميهما فيقع فعل كل واحد منهما
ذكوة واصابت الرميتان معا فاستويا في السببية وذلك يوجب المساواة
في الملك وان رمياه معا واصابه سهم احدهما اولا فاثخنه ثم اصاب سهم الاخر
فقتله فهو للاول وحل اكله ايضا عندنا خلافا لزفر وهو يعتبر حالة الاتصال
والسهم الثاني اصابه وهو غير ممتنع فلا يحل بذكوة الاضطرار ونحن نعتبر للحل

حالة الارسال لان الاصابة بالمحل يتجنه ولهذا تعتبر التسمية حالة الارسال والارسال
قد حصل منهما والمحل صيد فلم يتعلق بالثاني حظر وللملك حالة الاتصال لان
الملك يتصل بالمحل وسهم الاول اخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل ان يتصل به
الثاني وان لم يثخنه فهو للثاني وهو ظاهر وان رماه الثاني بعد ما رماه الاول
قبل ان يصيبه سهمه وهو الوجه الاول من القسم الثاني فهو لهما وحل اكله كذا في
العناية وبيان ما ذكره المص من الوجهين للقسم الثاني ذكرناه ومن ارسل كلبا
على صيد وسماه فادركه الكلب فضربه فصرعه ثم ضربه فقتله اكل وكذا لو ارسل
كلبين فصرعه احدهما وقتله الاخر حل اكله لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح
لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل منهما كلبه فصرعه احدهما
وقتله الاخر حل اكله لما بيناه وهو اي الصيد للاول لانه اخرجه عن حد الصيدية
الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة
الارسال فلم يحرم ولو ارسل الثاني كلبه او بازيه بعد صرع الاول حرم لانه
ارسله بعد خروجه عن الصيدية بالاثخان وضمن الثاني للاول كما في الرمي
يعني ان قتله كلب الثاني او بازيه بعد اثخان كلب الاول ضمن الثاني وان قتله
قبل اثخان الاول لا يضمن ومن سمع حسا الحس الصوت الخفي كذا في المصباح
فظنه انسانا فرماه او ارسل عليه كلبه فاذا هو صيد اكل لانه لا معتبر بظنه مع
تعينه صيدا كذا في الهداية واعلم ان من سمع حسا فرماه او ارسل كلبه او بازيه
لا يخلو عن وجوه منها انه سمع حسا فظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبه او
بازيه فاصاب صيدا كالظبي الوحشي مثلا ثم تبين ان المسموع حسه ليس بصيد
بل ادمي او حيوان اهلي كالبقر والشاة لم يحل الصيد المصاب كالظبي مثلا في قولهم
جميعا لانه ارسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كانه رمى الى ادمي او
حيوان اهلي عالما به فاصاب صيدا فانه لا يؤكل ومنها انه سمع حسا فظن انه حس صيد
فرماه او ارسله فاصاب صيدا ثم تبين ان المسموع حس صيد حل المصاب اي
صيد كان سواء كان مما يؤكل لحمه او لم يكن لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف
ان المسموع حسه اذا ظهر خنزيرا لم يحل اكل الصيد المصاب لتغلظ التحريم الا ترى

انه

691

انه لا تثبت الاباحة في شيء من اجزائه بخلاف سائر السباع فان الاصطياد يؤثر
في جلده وزفر خص منه ما لا يؤكل لحمه مطلقا لان الاصطياد لا يفيد الاباحة
فيه فكان هو والادمي سواء وجه الظاهر ان الاصطياد لا يختص بالماكول لاطلاق
قوله تعالى فاذا حللتم فاصطادوا وما هو كذلك فالماكول وغيره بالنسبة اليه
سواء فاذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطيادا والاصطياد فعل
مباح في نفسه لما تلوناه فيفيد اباحة المصاب بشرط قبوله الاباحة
حتى لو لم يقبلها كالخنزير لم تثبت الاباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا
مباحا واذا قبلها فان كان مما يحل تناوله تثبت اباحة تناوله كغير السباع من
البهائم والطيور وان كان مما لا يحل تناوله تثبت اباحة جلده فثبت ان فعله
وقع اصطيادا واباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل ليس يخرج له عن ذلك
واذا وقع اصطيادا كان كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وفي ذلك يحل
فكذا هذا ومنها انه سمع حسا فظن انه حس صيد فرماه فاصاب صيدا ثم تبين
ان المسموع حس جراد او سمك ففي النهاية عزوا الى المغني ان المصاب لا يؤكل
لان الجراد والسمك مما لا تقع الذكوة عليها ومن شرط حل اكل الصيد الذكوة
فلا يكون فعله ذكوة وعن ابي يوسف انه يحل كذا في الهداية والزيلعي
والعناية وغيرها ومنها ما ذكره المص وهو انه سمع حسا فظن ادميا فرماه
او ارسله فاصاب صيدا ثم تبين ان المسموع حس صيد حل اكله على ما صرح
به في الهداية معللا بما ذكرناه وتبعه المص واعترض عليه في الزيلعي بما
ذكره عن المنتقى وهو انه اذا سمع حسا فظن انه انسان او دابة او حية فرماه
فاذا ذلك الذي سمعه صيد فاصاب سهمه ذلك الصيد الذي سمع او اصاب
صيدا اخر وقتله لا يؤكل لانه رمى وهو لا يريد الصيد انتهى لفظ المنتقى قال
وهذا يناقض ما ذكره صاحب الهداية من حل اكل المصاب في هذا الوجه ثم
قال والاوجه ما ذكره في المنتقى لان الرمي الى الادمي ونحوه ليس باصطياد
ولا يمكن اعتباره اصطيادا ولو اصاب صيدا ثم قال ان ما ذكره صاحب الهداية
في هذا الوجه يناقض ما ذكره في الوجه الاول اعني تبين ان المسموع حس نحو

لم يحل اكل المصاب في قولهم جميعا بل الحرمة في هذا الوجه اولى من الوجه الاول
لانه قصد في هذا الوجه رمي آدمي ورمي الآدمي ليس باصطياد بوجه وفي
الوجه الاول لم يقصد رمي الآدمي واجيب عنه ببيان الفرق بين المسئلتين
بان فعله في المسئلة الاولى لم يقع اصطيادا لان سهمه اصاب غير المسموع
حسه وكان قصده الى المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد بل آدمي
فكان فعله متوجها الى غير الصيد لانه انما قصد بفعله المسموع حسه وهو
الآدمي فلا يكون اصطيادا وان وقع فعله على الصيد فلا يحل المصاب بخلاف
هذه المسئلة فان فعله وقع اصطيادا لوقوعه على الصيد فلا يحل المصاب
بخلاف هذه المسئلة فان فعله وقع اصطيادا لوقوعه على الصيد وقصده غير
الصيد غير معتبر **كتاب الرهن** وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة
ولما روي ان النبي عم اشترى من يهودي طعاما ورهنه بها درعه فقد انعقد
الاجماع على ذلك ولان للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء ولما
كانت الوثيقة لطرف الوجوب وهي الكفالة مشروعة فكذا الوثيقة لطرف
الاستيفاء وهي الرهن مشروعة ايضا وهو في اللغة حبس الشيء باي سبب
كان وفي عرف الشرع حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه اي من ذلك الشيء
والمراد بالشيء ههنا هو الرهن لان لفظ الرهن كما يطلق على الحبس المخصوص كذلك
يطلق على الشيء المرهون ايضا كالدين مثلا للحق قيد بامكان الاستيفاء منه
احترازا عن رهن الحر او المدبر او الخمر او الخنزير ونحوها مما لا يمكن استيفاء الحق
منه واطلق الدين فيشمل الدين الحقيقي وهو ظاهر والدين الحكمي كالاعيان المضمونة
بنفسها كما سيأتي وينعقد الرهن بلا لزوم بايجاب وقبول اي بقول الراهن
رهنتك هذا المال بدين لك علي او ما اشبه ذلك وبقول المرتهن قبلت هذا
ما ذهب اليه عامة المشايخ وقال شيخ الاسلام خواهر زاده ومن تبعه ركن
الرهن الايجاب بمجرده وانه ينعقد به بلا حاجة الى قبول لان الرهن عقد
تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع اما انه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب
على المرتهن بازائه ما اثبت له من اليد ولا نعني بالتبرع الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك

يتم

يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة واعترض عليه بانه استوجب عليه صيرورته
مستوفيا لدينه عند الهلاك ويتم الرهن بالقبض اي بقبض المرتهن او وكيله
واعلم انهم اختلفوا في ان الرهن هل يجوز قبل القبض ام لا يجوز فاختار شيخ الاسلام
خواهر زاده ومن تبعه انه يجوز قبل القبض لكن تمامه يتوقف على القبض واليه
اشار المص بقوله ويتم بالقبض وهكذا ذكره القدوري ايضا واختيار العامة
انه لا يجوز قبل القبض قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم الشهيد
في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز
الرهن الا مقبوضا وقال الكرخي في مختصره قال ابو ح وابو يوسف ومحمد
وزفر والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا هذا وقال مالك يلزم الرهن
بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة
فلا يكون القبض شرطا كالكفالة ولنا قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر
المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء اريد به الامر كما في قوله تعالى ومن كان
مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر اي فليصم فيكون تقديره وان كنتم على
سفر ولم تجدوا كاتبا فارهنوا وارتهنوا لكن ترك كونه معمولا به في حق ذلك
حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله على الدائن حين رهنه الراهن بينا
بالاجماع فوجب ان يعمل في شرطه وهو القبض كما في قوله عم الحنطة بالحنطة
مثلا بمثل اي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح لا واجب فينصرف
الى شرطه وهو المماثلة في اموال الربوا محوزا اي مجموعا من الحوز بمعنى الجمع
واحترز به عن رهن الثمر على النخل ورهن الزرع في الارض لان المرتهن لم يجزه
مفرغا اي عن ملك الراهن احترز به عن رهن النخل دون الثمر ورهن الارض
دون الزرع ورهن الدار وفيها متاع الراهن او الراهن نفسه اذ لا تفريغ فيها
مميزا احترز به عن رهن المشاع كرهن نصف العبد او الدار وكذا في العناية
والتخلية فيه اي في الرهن والمراد بالتخلية رفع المانع من القبض في زمان
يمكن فيه القبض وفي البيع وقد تقدم في بابه قبض اعترض عليه بان
التخلية تسليم لا قبض لانه عبارة عن رفع الموانع وهو فعل المسلم اعني الراهن

دون المتسلم اعني المرتهن والقبض فعل المتسلم فالصواب ان يقول التخلية تسليم واجيب
عنه بان معناه انها في حكم قبض المرتهن حتى اذا وجدت من الراهن بحضرة المرتهن
ولم يأخذه فضاع ضمن المرتهن وفيه نظر لان القبول ليس بواجب على المرتهن فلو لم يقبل
بعد التسليم والتخلية فلا يلزم الرهن فكيف يضمن بالضياع واعترض ايضا على
اكتفائهم بالتخلية بان التخلية ينبغي ان لا يكتفى بها في قبض الرهن اذ القبض في
الرهن منصوص عليه في قوله تعالى فرهان مقبوضة بخلاف البيع فان القبض
ليس بمنصوص عليه والمنصوص عليه ينبغي ان يراعى وجوده على اكمل الجهات والتخلية
ليس كذلك بالنسبة الى القبض واجيب عنه بان المنصوص عليه انما يراعى وجوده
على اكمل الجهات اذا نص عليه بالاستقلال واما اذا ذكر تبعا للمنصوص عليه
فلا يجب ان يراعى وجوده على اكمل الجهات والقبض في الرهن ذكر على وجه الشرطية
لا بالاستقلال وفيه ايضا نظر لانه لو اكتفى بالتخلية لزم لزوم الرهن بمجرد
التخلية وان لم يوجد القبض والقبول من المرتهن وهو يفضي الى الوجوب والايجاب
وقد تقدم ان القبول ليس بواجب ثم الاكتفاء بالتخلية فكذا في الرهن ولانها
غاية ما يقدر عليه الراهن والقبض ليس في وسعه لانه فعل الغير فلا يكلف به
وعن ابي يوسف ان قبض الرهن في المنقول لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب
للضمان ابتداء اذ لم يكن الرهن مضمونا على احد قبل ذلك فلا يجب الا بالقبض
حقيقة لا بالتخلية كما في الغصب فان المغصوب لم يصر مضمونا بدون النقل
والقبض حقيقة بخلاف البيع فان القبض فيه ناقل الضمان من البائع الى المشتري
فان المبيع قبل القبض مضمون على البائع بالثمن ثم ينتقل ذلك الى المشتري بالقبض
قال في الهداية والزيلعي والاصح ظاهر الرواية وقد عرفت ما يرد عليه وللراهن
ان يرجع عنه اي عن الرهن قبل القبض لعدم لزومه قبله لانه عقد تبرع فلا يلزم
بدون القبض فاذا قبض المرتهن لزم حتى لو هلك بعده يضمن وهو اي الرهن
بعد القبض مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين قال صدر الشريعة ان هذا
التركيب مشكل غفل الناس عن اشكاله وهو انه يتوهم ان كلمة من هي التي تستعمل
من افعل التفضيل وليس كذلك لانه ان اريد انه مضمون باقل من كل واحد فهذا

غير

غير مراد وان اريد انه مضمون باقل من المجموع او باقل من احدهما ان الواو بمعنى او
بمعنى مع فهذا شيء مجهول غير مفيد بل المراد انه مضمون بما هو اقل فان كان الدين
اقل من القيمة فهو مضمون بالدين وان كان القيمة اقل من الدين فهو مضمون
بالقيمة فتكون من للبيان تقديره انه مضمون بما هو اقل من الاخر الذي هو القيمة
تارة والدين اخرى انتهى فلو هلك وهما سواء اي قيمة الرهن والدين سواء صار المرتهن
مستوفيا لدينه حتى لو اخذ دينه من الراهن يسترد الراهن من المرتهن وان كان
قيمته اكثر من الدين فالزائد على الدين امانة عند المرتهن فلا ضمان عليه بلا تعد
وان كان الدين اكثر سقط منه اي من الدين قدر القيمة وطولب الراهن بالباقي
من الدين مثلا اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه
وان كانت قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة اخرى وان كان خمسة
عشر فالفضل امانة ثم هذا عندنا وقال الشافعي الرهن امانة عند المرتهن مطلقا
لا يسقط من شيء من الدين بهلاكه كقوله عم لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه
غرمه قال معناه انه لا يصير مضمونا بالدين وزوائده له وهلاكه عليه ولان الرهن
وثيقة بالدين فهلاكه لا يسقط الدين كما انه لا يسقط بهلاك الصك لانه للوثيقة
وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه
العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا انه عم قال للمرتهن
بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك والاجماع ايضا فان الصحابة والتابعين
اجمعوا على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفية الضمان على ثلثة اقوال
على ما بين في محله فالقول بالامانة المحضة خرق الاجماع والمراد بقوله عم
لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له على ما ذكره الكرخي
عن السلف ومعنى قوله له غنمه وعليه غرمه على ما قاله الطحاوي في شرح الاثار
انه اذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وان بيع
بفضل عن الدين اخذ الراهن ذلك الفضل ولان يد المرتهن يد استيفاء وهو يد الملك
والحبس والاستيفاء يتقرر بالهلاك لان الاستيفاء يحصل من المالية دون العين
فان الاستيفاء بالعين يكون استبدالا لا استيفاء والمرتهن مستوف لا مستبدل

والاستيفاء انما يحصل بجنس الحق والمجانسة بين الاموال باعتبار صفة المالية دون
العين فكان المرتهن امينا محضا في حق العين ولهذا كان نفقة الرهن على الراهن
في حيوته وكفنه بعد مماته ويحتمل ان يكون هذا معنى قوله عم عليه غرمه
ومستوفيا في حق المالية ولو كان الاستيفاء بالعين كما ذهب اليه الشافعي
لزم ان يكون المرتهن مستبدلا لا مستوفيا وهو باطل وتعتبر قيمته يوم قبضه
لانه كان مضمونا بقبضه فتعتبر قيمته يوم قبضه ويهلك على ملك الراهن
لما تقدم ان يد المرتهن يد امانة في حق العين فكفنه اي كفن العبد الرهن بعد
موته عليه اي على الراهن لانه مات على ملكه وكذا نفقته في حيوته عليه
لما تقدم وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه وان وصلية كان الرهن عنده
اي عند المرتهن لان الرهن لا يسقط طلب حقه لان الاستيفاء لم يتقرر قبل
هلاكه فيطلبه ما دام قائما حتى يستوفي حقه وله ان يحبس الرهن بعد فسخ
عقده حتى يقبض دينه الا ان يبرئه لان الرهن لا يبطل بمجرد فسخ العقد بل برده
على الراهن بطريق الفسخ فانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين وليس عليه ان
كان الرهن في يده ان يمكن الراهن من بيعه للايفاء اي من ثمنه لان حكم
الرهن الحبس الدائم الى ان يقضي الدين فلا يصح القضاء من ثمنه وليس للمرتهن
الانتفاع بالرهن اي بالاستخدام لو عبدا او بالسكنى لو دارا او باللبس لو ثوبا
او بالقراءة لو مصحفا ولو استعمله باذن الراهن يبطل الرهن ثم يعود رهنا
بعد الفراغ كما في الخلاصة حيث قال رجل رهن عند رجل مصحفا وامره بالقراءة
منه ان قرأ صار عارية حتى لو هلك لا يضمن لان حكم الرهن الحبس فاذا استعمله
باذنه تغير حكمه و يبطل الرهن ولو فرغ من القراءة ثم هلك يهلك بالدين
لعوده هنا بخلاف الاجارة فانه لو اجره باذن الراهن من الاجنبي يبطل الرهن
ويكون الاجرة للراهن وليس للمرتهن ان يعيده في الرهن الا بعقد جديد وكذا
ليس للراهن الانتفاع بالرهن الا باذن المرتهن ولا اجارته اي لا من الراهن ولا
من الاجنبي وكذا ليس للراهن اجارة الرهن الى المرتهن وفي الحاوي لا يجوز اجارة
الرهن من الراهن ولا من المرتهن ولا من الاجنبي فاذا اجر خرج عن كونه رهنا ولا يعود

اليه

694

اليه الا بعقد جديد انتهى وفيه نظر لما في الخلاصة لو ان رجلا رهن عند رجل
ثوبا فقبضه المرتهن فاستعار منه الراهن فاعاره اياه او اجره منه او اودعه
عند الراهن كانت الاجارة باطلة وكان بمنزلة العارية وللمرتهن ان يسترده
ولو امر الراهن ان يودعه انسانا او يعيره او يواجره ففعل فان اودعه فهو
رهن على حاله فان هلك في يد المودع بطل الدين ولو اعاره خرج عن ضمان
الرهن وللمرتهن ان يسترده ولو اجره فالاجر للراهن وليس للمرتهن ان يعيده
في الرهن الا بعقد جديد انتهى فالظ منه الفرق بين اجارة المرتهن من الراهن
وبين اجارته من الاجنبي ولا اعارته وهذا لان المالك رضي بحبسه لدينه لا
بانتفاعه به ويصير بذلك اي بالانتفاع به بدون اذن مالكه متعديا فيكون
مضمونا عليه حتى لو نقص في قيمته يضمن تمام قيمته كما في ضمانات العمادية
ولو هلك قبل الاستعمال وبعد استعماله يصير مستوفيا لدينه ولا يبطل
به اي بالتعدي الرهن حتى لو زال التعدي عاد الرهن الى حكمه كما كان واذا طلب
المرتهن دينه ولو في غير بلد العقد امر المرتهن باحضار الرهن اولا ليعلم انه باق
اولا ولان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء
لانه يؤدي الى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل
كذا في الزيلعي فاذا احضره المرتهن امر الراهن بتسليم كل دينه اولا ثم المرتهن
بتسليم الرهن ليتعين حق المرتهن كما تعين حق الراهن في الرهن تحقيقا للتسوية
بينهما كما في تسليم المبيع والثمن بحضرة البائع المبيع اولا ثم يسلم المشتري الثمن ليتعين
حق المشتري اولا في المبيع كما تقدم في البيع وكذا اي يؤمر المرتهن اولا باحضار
الرهن لو طالبه اي طالب المرتهن الراهن بالدين في غير بلد العقد ولم يكن للرهن
حمل ومؤنة لان الاماكن كلها في حقه كبقعة واحدة في حق التسليم ولهذا
لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع فان كان له
حمل ومؤنة فله ان يستوفي دينه بلا احضار الرهن اي لا يكلف باحضار
الرهن لانه نقل والواجب على المرتهن التسليم بالتخلية دون النقل لانه يتضرر
به زيادة ضرر ولكن للراهن ان يحلفه بالله ما هلك الرهن كذا في الدرر نقلا عن

الكافي وكذا ان كان الرهن وضع عند عدل اي بامر الراهن وهذا لان الراهن
لم يؤتمن على المرتهن حتى وضع رهنه على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرة المرتهن
حتى لو اخذ المرتهن الرهن من يد العدل يكون غاصبا وكذا لو وضعه العدل
في يد من في عياله وغاب فطلب المرتهن دينه والذي في يده يقر
بالوديعة من العدل ويقول لا ادري لمن هو غير الراهن على قضاء الدين
لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض منه وكذا اذا غاب العدل ولا يدري
اين هو لما قلنا بخلاف ما اذا جحد الذي اودعه العدل الرهن بان قال هو
مالي حيث لا يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت انه رهن لانه لما جحد فقد
توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق الاستيفاء فلا يملك المطالبة به كذا في
الزيلعي ولا يكلف المرتهن باحضاره اي الرهن ولا باحضار ثمن رهن باعه
المرتهن بامر الراهن حتى يقبضه اي الثمن يعني اذا رهن جارية مثلا واذن له ببيعها
اذا جاء الاجل بالنقد والنسيئة فباعها المرتهن عند حلول الاجل بالنسيئة ثم
جاء يطلب الراهن دينه فامتنع الراهن حتى يحضر الرهن او ثمنه اجبر الراهن
على قضاء دينه ولا يكلف المرتهن باحضار الرهن ولا ثمنه لانه باعه باذنه ولو قبض
الثمن يكلف باحضاره لقيام البدل مقام المبدل ولا من يكلف ايضا من اي مرتهن
قضى بعض حقه من الدين بتسليم متعلق بيكلف حصته اي حصة ذلك البعض
من الرهن حتى يقبض الباقي من الدين لان له ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي
البقية كما في حبس المبيع لقبض الثمن فان للبائع ان يحبس المبيع حتى يقبض جميع
الثمن وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في
عياله ويدخل في الخادم اجيره مشاهرة او مسانهة والذي يسكن معه فان
العبرة بالمساكنة لا النفقة حتى ان المراة لو دفعته الى زوجها لا تضمن مع ان
الزوج ليس في نفقتها لكونهما ساكنين معا وهذا لما تقدم ان عينه امانة في يد
المرتهن والامانات تحفظ بنفسه وبمن في عياله الذي يسكن معه فان حفظه
بغيرهم او اودعه ضمن كل قيمته لما ذكر ان عينه امانة والامانات تضمن بهذه الاشياء
لكونها تعديا وانما ضمن كل قيمته لانه صار بذلك غاصبا وفي الغصب تضمن كل القيمة

فكذا

فكذا هذا وكذا اي ضمن كل قيمته ان تعدى اي صريحا فيحسن المقابلة بما قبله وما بعده
فيه اي في الرهن او جعل الخاتم اي خاتم الرهن في خنصره لانه استعمال بغير اذن
صاحبه فيكون تعديا فيضمن كل قيمته ضمان الغصب فان جعله في اصبع غيرها
اي غير خنصره فلا تضمن لان جعله في اصبع لحر يمينا او يسارا لحفظ لا استعمال
ولو رهنه سيفين فتقلدها ضمن وفي الثلثة لا يضمن لان العادة بين الشجعان
بتقليد السيفين في الحرب دون الثلثة ولو رهنه خاتمين فلبس خاتما فوق
خاتم فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن لانه مستعمل والا فلا لانه حافظ
وعليه اي على المرتهن مؤنة حفظه حتى اذا شرط على الراهن لا يلزمه ومؤنة
رده الى يده اي يد المرتهن يعني ما يلزمه لرد العبد الى المرتهن اذا خرج من يده
فهو على المرتهن او مؤنة رد جزئه اي جزء الرهن كاجرة بيت حفظه وحافظه
الضمير فيهما الى الرهن وكلاهما مثال المؤنة حفظه يعني اجرة بيت حفظ الرهن واجرة
حافظه على المرتهن لان امساك الرهن وحفظه حق له واجب عليه فيكون مؤنته
عليه هذا على اطلاقه جواب ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان اجرة المادي للغنم
على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى في تبقيته اما جعل الابق هو بضم الجيم
اي اجرة رده من الفرار من يد المرتهن وهذا مثال لقوله ورده الى يده والمداواة
اي اجرة مداواة الرهن من الجروح والقروح وكذا ثمن الدواء وهذا مثال لقوله
او رد جزئه والفداء من الجناية اي جناية الرهن فينقسم على المضمون والامانة
فان كان قيمة الرهن مساويا للدين فكل الجعل والمداواة والفداء على المرتهن كاجرة بيت
حفظه وان كانت قيمته اكثر من الدين فعلى المرتهن من الجعل والمداواة والفداء
بقدر المضمون اعني ما يساوي الدين وعلى الراهن بقدر الامانة اعني الزائد على الدين
لان المرتهن في قدر الامانة بمنزلة المودع فلا يلزم عليه مؤنته وليس هذا مثل
اجرة بيت حفظه لان تجبها على المرتهن وان كانت قيمة الرهن زائدا على الدين
لان ذلك انما يلزم بسبب حق المرتهن وهو الحبس وحق الحبس ثابت في الكل
فيلزم مؤنة الحبس كلها عليه ايضا بخلاف جعل الابق والمداواة فانهما انما يلزمان
لاعادة يد الاستيفاء في نفس الرهن في الابق في الجزء الفائت في المداواة

وحق الاستيفاء ثابت له في المضمون لا في الامانة ومؤنة تبقيته اي مؤنة ما يرجع
الى بقاء الرهن سواء كان في الرهن زيادة على الدين اولا واصلاحه على الراهن
لان عين الرهن باقية على ملكه وكذا منافعه مملوكة له فيكون مؤنة بقائه واصلاحه
عليه لان الغرم بالغنم كالنفقة من ماكولاته ومشروباته والكسوة اي كسوة
العبد الرهن واجرة الراعي واجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح
نخله وجذاذه اي قطعه والقيام بمصالحه اي مصالح الرهن مما يرجع الى تبقيته
كلها على الراهن لما ذكرناه ويجوز ان يكون القيم الى البستان وعلى الراهن ايضا
عشر الرهن وخراجه لانه مؤنة عيال الملك وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه
من الراهن او المرتهن بلا امر الاخر او امر القاضي فهو اي ما اداه تبرع كما اذا قضى دين
غيره بغير امره وبامر القاضي بالاداء وجعله دينا عليه يرجع المؤدي به اي بما
اداه على صاحبه واما بمجرد امر القاضي من غير تصريح بجعله دينا على صاحبه
فلا يرجع عليه كما في الزيلعي نقلا عن المنتقى وعن الامام لا يرجع المؤدي على
صاحبه ايضا اي كما لا يرجع عند عدم امر القاضي وجعله دينا عليه ان كان
صاحبه حاضرا وان كان اداه بامر القاضي لانه يمكنه ان يرفع الامر الى القاضي
فيامر القاضي صاحبه بالقضاء وقال ابو يوسف يرجع عليه في الوجهين
حاضرا وغائبا **باب** ما يجوز ارتهانه اي جعله رهنا والرهن به اي اخذ
الرهن بمقابلته وما لا يجوز ارتهانه والرهن فذكر اولا ما لا يجوز ارتهانه بقوله
لا يصح اي تفسد رهن المشاع وان وصلية مما لا يحتمل القسمة قال الشافعي يصح له
ان موجب الرهن استحقاق بيعه وثمنه له والمشاع يقبل ذلك ولان كان
موجبه ثبوت يد الاستيفاء فالاستيفاء الحقيقي لا يمنع بالشيوع فكذا ثبوت
يد الاستيفاء ولنا ان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستحقاق الحبس لتحصيل
مقصوده وهو الاستيثاق وذلك لا يحصل الا بثبوت اليد عليه ولهذا
شرط في النص ان يكون مقبوضا بخلاف حقيقة الاستيفاء لان موجبها ملك
العين المستوفاة فقط لا الحبس والملك يتصور في المشاع ولا يتصور الحبس الدائم
فيه لانه يبطل بالمهاياة فيصير كانه رهنه يوما دون يوم ولهذا يستوي فيه ما يحتمل

القسمة وما لا يحتمل بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة على ما تقدم لان
موجبها الملك وذلك لا يمتنع بالشيوع وانما يمنعها لزوم غرامة القسمة وذلك
فيما ينقسم لا غير ولو من الشريك لما تقدم من ان ثبوت اليد والحبس الدائم لا يتصور
في المشاع ولو من الشريك بخلاف الاجارة حيث يجوز في المشاع من شريكه
على ما تقدم لان حكمها التمكن من الانتفاع لا الحبس الدائم والشريك متمكن من
ذلك فيجوز بخلاف غير الشريك ولو طرا الشيوع بان رهن دارا ثم فسخا الرهن
في نصفه الشايع مثلا او باع نصفه شايعا او استحق بعض الرهن شايعا
فسد الرهن في رواية الاصل خلافا لابي يوسف لان حكم البقاء اسهل من الابتداء
فاشبه الهبة فلا يمنع الشيوع الطارئ بقاء الرهن ووجه رواية الاصل وهو
الصحيح ان الامتناع لعدم المحلية وفي مثله يستوي الابتداء والبقاء كالمحرمية
في باب النكاح بخلاف الهبة لان غرامة القسمة لا تمنع القبض حال البقاء ولهذا
يصح الرجوع في بعض الموهوب ولا يصح الفسخ في بعض المرهون ولا رهن
الثمر على الشجر بدون الشجر ولا الزرع في الارض بدونها ولا الشجر او الارض
مشغولين بالثمر او الزرع والاصل فيها ما تقدم من ان تمامه بالقبض محوزا مفرغا
مميزا وهذه الاتصالات تمنع هذا الشرط لانه لا يمكن قبض الرهن مع قيام هذه
الاتصالات وكذا لا يجوز رهن الارض مشغولا بالشجر دون الشجر كما ذكرناه
وكذا لا يجوز وقف كما صرح به في اجارة الوقف من قاضيخان وفي الهداية
والزيلعي عن الجح ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون
استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء حيث لا يجوز
لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن
الشجر بمواضعها او الدار بفنائها جاز لان هذه مجاورة ما ليس برهن لا يمنع الصحة
كذا في الزيلعي والمراد بمواضعها هي الاراضي المملوكة لا الاميرية والوقف لان
رهن الاشجار المغروسة على الاراضي الاميرية والوقف لا يصح ويدخل في رهن
الارض النخل والثمر على النخل والزرع والرطبة والبناء والغرس لانه تابع لاتصاله
فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع حيث لا تدخل هذه الاشياء في بيع الارض

في بيع الارض سوى النخل لان بيع الارض والنخل بدون هذه الاشياء جائز فلا حاجة
الى ادخالها في البيع من غير ذكر وبخلاف المتاع الموضوع في الدار حيث لا يدخل
في الرهن من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما قال في الزيلعي ويمنع تسليم
الرهن كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة حتى اذا رهن دارا وهو فيها وقال
سلمتها اليك لا يتم الرهن حتى يقول بعد ما خرج من الدار سلمتها اليك لان التسليم
الاول وهو فيها وقع باطلا لشغلها به فلا بد من تجديد التسليم بعد الخروج منها
كما اذا سلمها ومتاعه فيها ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي
الحمل بخلاف ما اذا رهن الحمل دون الدابة حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه
لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار
والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة
مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلم اليه لانه من توابع
الدابة بمنزلة الثمر للنخيل ولا يجوز رهن الحر والمدبر وام الولد والمكاتب وكذا
الوقف لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما تقدم والاستيفاء من
هؤلاء متعذر لاستحقاقهم الحرية فصار كالحر ولا بالامانات كالوديعة والعواري
والمضاربة ومال الشركة والكتب الموقوفة وهذا شروع في ذكر ما لا يجوز الرهن
بمقابلته بعد ذكر ما لا يجوز رهنه وانما لا يجوز الرهن بمقابلة الامانات لان
قبض الرهن مضمون بما رهن بمقابلته لكونه استيفاء لا بنفسه فلا بد من ضمان
الرهن به ليقع الرهن مضمونا ويتحقق استيفاؤه من الرهن والامانات ليست
بمضمونة ولا يمكن استيفاؤها من الرهن لتعينها حال بقائها وعدم وجوب
الضمان بعد هلاكها فصارت كالعبد الجاني والعبد الماذون له في التجارة
والشفعة غير مضمونة على المشتري بخلاف الاعيان المضمونة بنفسها حيث
يصح الرهن بها على ما سيأتي بيانه قال في قاضيخان اذا رهن المودع بعين
الوديعة رهنا او المستعير للعارية يكون باطلا حتى لو هلك الرهن عند المرتهن
يهلك بغير شيء ولا بالدرك لان الرهن استيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب
لان معنى الدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فما لم يستحق لا يجب على البايع رد

الثمن

الثمن وكذا بعد الاستحقاق حتى يحكم برد الثمن وبفسخ البيع لاحتمال ان يجيز المستحق
بخلاف الكفالة بالدرك حيث يجوز لان الكفالة يجوز تعليقها بشرط ملائم
لان الكفالة التزام المطالبة والتزام الافعال يجوز مطلقا ومضافا الى المآل
كما في الصوم والصلوة وليس فيها شيء من معنى التمليك ولا كذلك الرهن
فانه استيفاء فيكون تمليكا والتمليكات لا يجوز تعليقها ولا اضافتها الى زمان
في المستقبل فافترقا ولو قبض الرهن بالدرك قبل الوجوب بالاستحقاق
فهلك عند المشتري يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن
بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا بالف لتقرضني وهلك في يد
المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة
بل جعل موجودا اقتضاء لان الرهن استيفاء والاستيفاء لا يسبق الوجوب
فيكون الاستيفاء مبنيا عليه فيكون مضمونا عليه بالاقل مما سمى ومن قيمة
الرهن وان لم يسم قدر المال بان رهنه على ان يعطيه شيئا فهلك الرهن في
يده يعطي المرتهن للراهن ما شاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شيئا فيكون
بيانه اليه كذا في الزيلعي ولا بما هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البايع
وهذا لان الرهن يجب ان يكون في مقابلة الدين حقيقة او حكما والمبيع في
يد البايع ليس بدين حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه يجب ان يكون مضمونا
بالمثل او بالقيمة والمبيع في يد البايع ليس كذلك بل مضمون بالغير وهو
الثمن لانه غير المثل والقيمة وهذا لانه اذا هلك في يد البايع سقط الثمن
عن ذمة المشتري وهو حق البايع وان قبض الرهن بالمبيع فهلك هلك بلا شيء
لانه باطل ولا اعتبار بالباطل ولا بالكفالة بالنفس لان المكفول به ليس
بمضمون على الكفيل فيتعذر الاستيفاء به حتى لو هلك الرهن هلك بلا شيء
ولا بالقصاص في النفس وما دونها من الاطراف لتعذر الاستيفاء بالرهن
ولو كانت الجناية خطاء جاز الرهن لان الواجب فيها هو الارش وهو المال
واستيفاء الارش ممكن من الرهن ولا بالشفعة بان قضى القاضي بالشفعة
فطلب الشفيع من المشتري الرهن بالدار المشفوعة لا يجوز لان المبيع ليس بمضمون

على المشتري فلذا لو هلك لا يلزم المشتري شيء ولا بأجرة النائحة والمغنية لأن
الإجارة على ذلك باطلة والأجرة غير مضمونة فلا يجوز الرهن بها حتى لو هلك
الرهن هلك بلا شيء إذ لم يقابله شيء مضمون وكذا لا يجوز بثمن حر لما ذكرناه
ولا بالعبد الجاني أو المديون فإن هذا العبد غير مضمون على المولى فإنه لو هلك
لا يجب عليه شيء وإذا لم يكن مضمونا على المولى لا يجوز الرهن بها ولا يجوز للمسلم
رهن الخمر أي أن يرهن عند شخص ولا ارتهانها أي أن يقبلها رهنا من مسلم أو ذمي
لتعذر الاستيفاء منه في حق المسلم لعدم كونها مالا متقوما في حقه فلا يكون
مضمونا ولا يضمن له أي للمسلم مرتهنها ولو وصلية ذميا لأن الرهن إيفاء والارتهان
استيفاء والمسلم لا يمكنه إيفاء الدين من الخمر ولا استيفاؤه منه لعدم
كونها مالا مضمونا في حقه ويضمنها هو أي المسلم لو ارتهنها أي الخمر من ذمي
يعني إذا رهن ذمي خمره من مسلم فهلكت الخمر في يد المسلم يضمن المسلم الخمر للذمي
لأنها مال متقوم في حق الذمي كما إذا غصب مسلم خمر الذمي ويصح الرهن
بالدين كما هو الأصل في الباب وهو توطئة لقوله ولو وصلية موعودا
بأن رهن شيئا ليقرضه كذا أي ألف درهم مثلا وهذا لأن الرهن استيفاء و
والاستيفاء يتحقق في الواجب وهو الدين ولو موعودا لأن الدين الموعود
كالموجود باعتبار الحاجة فيتحقق الوجوب في حقه على ما قدمناه فيصح الرهن
به أطلق الدين فيشمل ما وجب حقيقة وهو ظاهر وما وجب ظاهرا دون حقيقة
لأن وجوبه ظاهرا فقط يكفي في صحة الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة فإنه
لو ادعى على رجل ألف درهم دينا مثلا فأنكر المدعى عليه فصالحه على خمسمائة على
الإنكار وأعطاه بها رهنا يساوي خمسمائة فهلك الرهن عند المرتهن ثم تصادقا
أن لا دين عليه فإن المرتهن يضمن خمسمائة للراهن باعتبار ثبوته ظاهرا ذكره محمد
في الجامع على ما سيأتي هذا في الكتاب أيضا وكذا لو اشترى عبدا ورهن
بالثمن فهلك الرهن ثم ظهر أن العبد حر أو مستحق يجب على البائع أن يضمن الأقل
من قيمة الرهن ومن ثمن العبد لأن الدين كان ثابتا ظاهرا فيترتب عليه أحكامه لأن
الأحكام الشرعية تبتنى على الظ وكذا لو اشترى عبدا أو شاة ذكية أو خلا فرهن

بثمنه

بثمنه ثوبا ثم ظهر حرا والشاة ميتة والخل خمرا كان الرهن مضمونا لثبوت الدين ظاهرا
كذا في الزيلعي فلو هلك الرهن في يد المرتهن لزمه دفع ما وعد من المال المسمى
إن سمى كألف درهم مثلا وإن لم يسم قدره بأن رهنه على أن يعطيه شيئا فهلك
الرهن في يد المرتهن قبل أخذ ما رهن به لزم المرتهن دفع ما شاء من الأشياء
لأنه بالهلاك صار مستوفيا شيئا فيكون بيانه إليه إن كان الموعود مثل قيمته
أي قيمة الرهن أو أقل من قيمته وإن كان أكثر لزمه دفع مقدار قيمته من الموعود وبرأس
مال السلم وثمن الصرف وبالمسلم فيه وقال زفر لا يجوز الرهن بهذه الأشياء
لأن حكم الرهن الاستيفاء على ما بيناه وأخذ الرهن عن هذه الأشياء ليس باستيفاء
لعدم المجانسة بين الرهن وهذه الأشياء فكان الأخذ استبدالا لا استيفاء
وباب الاستبدال في هذه الأشياء مسدود ولنا أن الأخذ فيها استيفاء
لوجود المجانسة من حيث المالية فإن الاستيفاء في الرهن إنما هو من حيث
المالية لا من حيث العين والعين أمانة عند المرتهن حتى وجبت نفقته
وكفنه على الراهن على ما تقدم والأعيان من حيث المالية جنس واحد فإن قيل
فعلى هذا يجوز الاستبدال في رأس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة
من حيث المالية أجيب بأن المجانسة من حيث المالية لا يكفي في الاستبدال
بل لا بد فيه من تمليك العين أيضا وقد قام الدليل على عدم تمليك العين في
الرهن بخلاف الاستيفاء فإنه يكفي فيه مجرد المجانسة من حيث المالية بلا حاجة
إلى تمليك العين وإذا صح الرهن بهذه الأشياء فإن هلك الرهن في مجلس
العقد قبل الافتراق فقد استوفى حكما فتم عقد الصرف والسلم لتحقق القبض
حكما مع اتحاد الجنس من حيث المالية وإن افترقا عن المجلس قبل النقد أي نقد رأس
مال السلم وثمن الصرف وقبل الهلاك أي هلاك الرهن بطل العقد لفوات القبض
حقيقة وحكما أما حقيقة فلعدم النقد وأما حكما فلأن المرتهن إنما يصير قابضا
بالهلاك وقد افترقا قبله فلم يوجد القبض أصلا وهو من شرط العقد والرهن
بالمسلم فيه رهن ببدله إذا فسخ عقد السلم يعني لو تفاسخا عقد السلم وبالمسلم فيه
رهن عند رب السلم يكون ذلك الرهن رهنا برأس المال استحسانا حتى يحبسه به

لانه بدل له فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته والقياس
ان لا يحبسه به لانه دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض والمسلم فيه وجب
بالعقد فلا يكون الرهن باحدهما رهنا بالآخر كما لو كان عليه دينان دراهم
ودنانير وباحدهما رهن فقضاه الذي به الرهن او ابراه منه ليس له
حبسه بالدين الآخر وجه الاستحسان انه ارتهن بحقه الواجب بسبب
العقد الذي جرى بينهما وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ وراس المال عند
الفسخ فيكون محبوسا به لانه بدل له فقام مقامه اذ الرهن بالشيء يكون رهنا
ببدله كما في المغصوب فان الرهن به رهن ببدله وهو القيمة عند الهلاك
وهلاكه اي هلاك الرهن بعد الفسخ اي فسخ عقد السلم هلاك بالاصل اي
بالمسلم فيه يعني لو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه فعلى
المرتهن اي رب السلم رد مثل الطعام الذي كان على المسلم اليه الى المسلم اليه
وياخذ منه راس ماله لانه رهنه به وان هلك الرهن بالمسلم فيه قبل التفاسخ
يصير مستوفيا بالمسلم فيه فلم يبق السلم كذا في الهداية ويصح الرهن
بالاعيان المضمونة بنفسها اعلم ان الاعيان على ثلثة اقسام قسم غير مضمون
اصلا كالامانات وقسم مضمون بالغير اي بالثمن وقد سبق ذكرها و
قسم مضمون بنفسها اي في حد ذاتها والوجه فيه ان الضمان عبارة عن

رد المثل او القيمة فالعين اذا كان مثليا او قيميا يكون بحيث لو هلك تعين
المثل او القيمة فيكون مضمونة في حد ذاتها مع قطع النظر عن العوارض
والقسم الثاني لما لم يكن مضمونا بالمثل او القيمة بل مضمونا بالثمن وهو
غير المثل او القيمة سموها مضمونا بالغير فلما كان معنى المضمون بنفسها
ما ذكرناه فسره المص بقوله اي بالمثل في المثليات او القيمة في القيميات
كالمغصوب فانه مضمون بالمثل لو مثليا او بالقيمة لو قيميا والمهر وبدل الخلع
عينا كان او دينا على ما في قاضيخان فعلى تقدير كونها عينا فهو مضمون بالمثل
او القيمة فيصح الرهن بها كما اذا كان دينا وبدل الصلح عن دم عمد لان الضمان
متقرر فيه فانه ان كان قائما يجب تسليمه وان كان هالكا يجب قيمته فكان هنا

بما هو مضمون فيصح قال في قاضيخان رجل قتل رجلا عمدا فصالح من القصاص
على مال مع ولي العمد واخذ ببدل الصلح رهنا جاز في قولهم وكذا لو كان
القتل بما لا يوجب القصاص فاخذ الولي بالدية رهنا من القاتل وكذا لو كان
القتل خطاء فاخذ الولي من العاقلة رهنا بالدية بعد قضاء القاضي جاز وكذا
الرجل اذا جرح غيره جراحة لا يستطاع فيه القصاص فقضى القاضي
بالارش للمجروح واخذ بالارش رهنا جاز وكذا لو قطع يد رجل خطاء وقضى
القاضي بنصف الدية على العاقلة فاخذ المقطوع يده رهنا من العاقلة جاز
وببدل الصلح عن انكار بان ادعى على رجل الف درهم مثلا فانكره المدعى عليه
فصالحه على نصفه على الانكار واخذ ببدل الصلح اعني خمسمائة رهنا صح وان
وصل اليه اقر المدعي بعدم الدين لان الدين ثابت ظاهرا وثبوت الدين بحسب
الظ يكفي في صحة الرهن ولا يشترط ثبوت حقيقة على ما تقدم ولو رهن الاب
لدينه عبد طفله قيد بالطفل فانه لا يجوز للاب ان يرهن عبد ولده الكبير
بدين نفسه الا باذنه ولده جاز وكذا الوصي اي بمنزلة الاب في ذلك
والاصل فيه ان هذا النظر في حق الصبي لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ مخافة
الغرامة ولو هلك هلك مضمونا والوديعة امانة لا تضمن وتصرف الاب
والوصي فيما هو انفع وانظر للصبي نافذ وعن ابي يوسف وزفر انه لا يملكان
وهو القياس لان الرهن ايفاء حكما فلا يملكانه كالايفاء حقيقة وجه الاستحسان
وهو الظ من الرواية ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير
عوض يقابله في الحال وفي الرهن نصب حافظ لمال الصغير في
الحال مع بقاء ملكه فيه فافترقا فلا يقاس احدهما على الآخر ثم اذا جاز
رهنا ذلك يصير المرتهن مستوفيا دينه عند هلاكه حكما ويصير الاب موفيين
له به فان هلك الرهن اعني العبد مثلا لزمهما اي الاب والوصي لانهما اوفيا
دينهما بماله مثل ما سقط به اي بالرهن من دينهما اي يضمنان للصغير مقدار
دينهما دون الزيادة على دينهما من قيمة الرهن قال في النهاية ويضمن الاب
والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت قيمته مثل الدين وان كانت القيمة اكثر ضمنا

مقدار الدين دون الزيادة لانهما في الزيادة مودعان ولهما الولاية في ذلك
انتهى وذكر في الزيلعي ايضا كذلك حيث قال ولا يضمنان الفضل على الدين
لانها امانة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع فقط سوى بين الاب والوصي في
ذلك ولم يفرقا وقد فرق بينهما في قاضيخان حيث قال ولو قضى الوصي دين
نفسه بمال اليتيم لا يجوز ولو فعل الاب ذلك جاز لان الوصي لا يملك ان
يشتري مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة والاب يملك والرهن بمنزلة القضاء ولو
قضى الاب دين نفسه بمال اليتيم جاز ولا يجوز ذلك للوصي فكذا الرهن انتهى
وهل لهما تسليط المرتهن على بيع عبد الصغير في الهداية والزيلعي وكذا يجوز تسليط
الاب والوصي المرتهن على بيع مال الصغير لانه توكيل له على بيعه وهما يملكانه ثم
اذا اخذ المرتهن الثمن من المشتري بدينه وجب على الاب والوصي ضمان الرهن
لانهما اوفيا دينهما بماله واصل هذا البيع فان الاب والوصي اذا باع مال الصغير
من غريم نفسه تقع المقاصة ويضمنان للصغير عندهما وعند ابي يوسف لا تقع
المقاصة ويأخذ البايع الثمن من المشتري للصغير ويأخذ المشتري دينه من
البايع فاذا لم يملك الاب والوصي قضاء دينهما بمال الصغير بطريق البيع عنده فكذا
لا يملك بطريق الرهن ايضا وعندهما لما ملكا قضاء دينهما بمال الصغير بطريق ملكا
ايضا بطريق الرهن لان الرهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة المالية ولو
رهنه اي مال الصغير الاب من نفسه يريد به بيان جواز كون الاب راهنا ومرتهنا
بالنسبة الى مال واحد ذكره في تتصور احدها ان يكون دينا للاب
على ابنه الصغير فيأخذ من مال الصغير شيئا ويحفظه عنده رهنا فيكون الاب
راهنا من جهة ابنه الصغير ومرتهنا لنفسه وهذا جائز لان الاب لوفور شفقته
نزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين كما في بيعه مال الصغير
من نفسه وثانيها ما ذكره بقوله او من ابن اخر صغير له يعني لو كان لابنه الصغير
دينا على ابن اخر صغير له فرهن الاب مال ابنه الصغير المديون من ابنه الصغير
الاخر الداين جاز لما ذكرناه فيكون الاب راهنا من وجه ومرتهنا من وجه
كما عرفت وثالثها ما ذكره بقوله او من عبد له تاجر لا دين عليه يعني لو كان

بعده

لعبده التاجر له دين على ابنه الصغير فرهن الاب مال ابنه الصغير من
عبده التاجر جاز لما ذكرناه ايضا قيده بعدم الدين لان الشبهة فيما
لا دين عليه اما اذا كان عليه دين فلا شبهة في جوازه لانه يجوز من
الوصي على ما سيأتي ذكره فلان يجوز من الاب اولى كذا في العناية
صح جواب لو اي صح الرهن في الصور الثلاث كلها لان الاب لوفور
شفقته لما نزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا
العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه كان يتولى طرفي العقد
بخلاف الوصي فانه لو رهن مال الصغير من نفسه اي ارتهنه او من ابنه
الصغير او من عبده التاجر ولا دين عليه بدين الصغير لهؤلاء لم يجز
كما لو رهن عينا له من الصغير بحق الصغير عليه لان الوصي وكيل محض
والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع لكن
تركناه في الاب لما ذكرناه من وفور شفقته والوصي قاصر الشفقة
فلا يعدل في حقه عن الحقيقة الحاقا له بالاب بخلاف ما لو رهن
الوصي مال الصغير من ابنه الكبير او ابيه او عبده الذي عليه دين فانه
يجوز لانه اجنبي عنهم لعدم الولاية عليهم بخلاف الوكيل بالبيع فانه
لا يجوز بيعه منهم لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا
وهو ان يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين وذلك لا يختلف
بين الاجنبي والقريب وان استدان الوصي لليتيم في كسوته او
طعامه ورهن به متاعه اي متاع اليتيم صح لان الاستدانة جائزة
للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر الوصي لليتيم فارتهن
او رهن بهذه التجارة جاز لان الاولى لليتيم التجارة له تثميرا لماله فلا يجد
الوصي التاجر بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء وليس
للطفل اذا بلغ نقض الرهن في شيء من ذلك اي فيما رهن الاب مال
الصغير من نفسه ومن ابن اخر له صغير ومن عبد له تاجر وفيما رهن
الوصي مال اليتيم بدين لليتيم في كسوته او طعامه او في تجارة بمال

اليتيم للتيم مالم يقبض الطفل البالغ الدين لان تصرف الاب والوصي وقع نافذا
على الطفل لا رضا له بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه فلم يقدر
نقضه قبل قضاء دينه وكذا ليس للطفل اذا بلغ نقضها رهن الاب مال
الطفل بدين الاب نفسه مالم يقبض الطفل بعد البلوغ ذلك الدين فاذا
قضاه الابن نقض الرهن ورجع الابن بر في مال الاب لان الابن مضطر
فيه لحاجته الى تخليص ماله للانتفاع به فاشبه معير الرهن فانه لو عار
شخص متاعه لشخص لرهنه فرهنه المستعير لدائنه بدينه ثم قضى المعير
دين المستعير لدائنه لتخليص متاعه من يد المرتهن يرجع به في مال المستعير
لضرورة حاجته الى تخليص متاعه من يد المرتهن ولو رهن الاب مال
الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين
جائزين ثم حكم في حصة دين الاب كحكمه فيما لو كان كله رهنا بدين
الاب ولو رهن شيئا بثمن عبد فظهر حرا يعني اشترى من عبدا ورهن
بثمنه شيئا فهلك الرهن ثم ظهر العبد حرا او مستحقا او رهن شيئا بثمن
خل اشتراه فظهر ذلك الخل الذى اشتراه ورهن بثمنه خمرا او بثمن ذكية
فظهرت ميتة فالرهن مضمون بعد الهلاك بالاقل من قيمته ومن ثمن
العبد او الخل او الذكية لما تقدم ان وجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن
ولا يشترط وجوبه حقيقة والدين في هذه الصور ثابت ظاهرا
وان لم يثبت حقيقة وجاز رهن الذهب والفضة وكل مكيل وموزون
لامكان الاستيفاء منها فكانت محلا للرهن فان رهنت بجنسها وهلكها
بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة ولا للقيمة عند ابي ح لسقوط الجودة
والقيمة عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية فلا نصير لاختلافهما
في الجودة والقيمة لان عنده يصير مستوفيا عند الهلاك باعتبار
الوزن دون القيمة فاذا هلك هلك بمثلها من الدين وزنا قلت قيمته او كثرت
فان تساويا وزنا سقط الدين واذا كان الدين زائدا سقط قدر الرهن
منه وبقي الزائد في ذمة المرتهن وان عكس سقط قدر الدين منه

والفضل

والفضل للراهن كذا في الدرر وعندهما هلاكها فيهما ان خالفت قيمتها
وزنها بان كانت قيمتها اكثر من وزنها او اقل فيضمن المرتهن قيمتها بخلاف الجنس
لينتقض قبض الهالك ويجعل الضمان رهنا مكان الهالك اي الرهن الهالك
فيملكه الراهن وهذا لانا اعتبرنا الوزن وحده من غير اعتبار صفته من
الجودة والرداءة واسقطنا القيمة فيه لحترنا باحدهما لان فيها لو كانت
اكثر من الوزن لتضرر به الراهن ولو كانت اقل لتضرر به المرتهن ولو اعتبرنا
القيمة وجعلناه مستوفيا باعتبارها ادى الى الربو فتعين ما قلنا اعني
ضمان قيمتها من خلاف الجنس ويجعل ذلك الضمان مكان الهالك فيملكه
الراهن بدل الرهن الاول الهالك وذكر في الجامع الصغير وقال فان رهن
ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو قضاء عما فيه من الدين وقال
صاحب الهداية معناه ان يكون قيمته مثل وزنه او اكثر فانه يكون
مستوفيا بالاتفاق في الوجهين اما عنده فلان الاستيفاء عنده باعتبار
الوزن فاذا كان وزنه مثل الدين يكون بالهلاك مستوفيا سواء كانت
قيمته مثل وزنه او اكثر واما عندهما فالاستيفاء باعتبار القيمة والقيمة
مثل الدين في الاول اعني ما كانت قيمته مثل وزنه وزيادة عليه في
الثاني اعني ما كانت اكثر فيصير بقدر الدين مستوفيا واما ان كانت
قيمته اقل من الدين فهو على الاختلاف المذكور بينه وبين صاحبيه
فعند ابي ح يهلك بالدين وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه هذا
كله فيما اذا كان الابريق هالكا واما اذا كان منكسرا عند المرتهن في الوجه
الاول اعني ما كانت قيمته مثل وزنه قال ابو ح وابو يوسف لا يجبر الراهن
على الفكاك لانه ان اجبر عليه فاما ان يكون مع ذهاب شيء من الدين او
مع كمال الدين لا وجه الى الاول لان المرتهن يصير قابضا دينه بالجودة
على الانفراد فانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما فاته من جودة
الابريق بالكسر وذلك ربوا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن
لان المرتهن قبض الرهن سليما عن العيب وبالانكسار صار معيبا فيصل اليه

حقه ناقصا اذا لم يسقط شيء من دينه وذلك ضرر فخيرناه بين ان يفتكه
بالدين الذي في المكسور وهو جميع الدين وبين ان يضمن المرتهن قيمته من
جنسه او خلاف جنسه مصوغا فيكون الضمان رهنا عند المرتهن ويملك المكسور
بالضمان وقال محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة
الانكسار بحالة الهلاك الحقيقي وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع
فكذا فيما هو في معناه وفي الوجه الثالث اعني ما كانت قيمته اقل من وزنه
بان يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية مثلا لوجود غش فيه يضمن
قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الربوا او رديا من جنسه ويكون
المضمون رهنا عنده الى ان يحل الاجل ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق
اما عندهما فظاهر كما اذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما
تقدم وكذا عند محمد لانه يعتبر الانكسار بالهلاك كما تقدم والهلاك عنده
بالقيمة فيما اذا كانت قيمة الابريق اقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار
وفي الوجه الثاني اعني ما كانت قيمته اكثر من وزنه عشرة كالدين وقيمته
اثنى عشر لجودة وصياغة فيه عند ابح يضمن جميع قيمته بخلاف جنسه
ويكون رهنا عنده وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته ويملك
خمسة اسداس الابريق ويفرز سدسه حذرا عن طريان الشيوع فان
الشيوع الطارئ فيه كالمقارن في افساد الرهن كما تقدم وعند محمد
ان انتقص بالانكسار ان كان درهما او درهمين يجبر الراهن على الفكاك
بقضاء جميع الدين وان كان اكثر من ذلك يخير الراهن بين ان يجعل الرهن
للمرتهن بدينه وبين ان يسترده بقضاء جميع الدين وجه قول ابح ان العبرة
في الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان الرهن باعتبار
الوزن كله مضمونا كما اذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله
مضمونا من حيث القيمة وان كان بعضه مضمونا كما اذا كان وزن الرهن
اكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه فتنقسم
الجودة على المضمون والامانة فحصة المضمون مضمون وغيرها امانة وهذا

لان

لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع
امانة وفي مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث القيمة والوزن لان الفرض
ان وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون
حكم التبع مخالفا لحكم الاصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك ان
حالة الهلاك حالة استيفاء فيقع الفضل امانة وهذه الحالة ليست كذلك
عنده بل بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضى الراهن فيكون مضمونا
بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه ووجه قول ابي يوسف ان الضمان
والامانة يشيع في الوزن والجودة لان الجودة متقومة في ذاتها
بدليل اعتبارها عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض فانه
اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري وبغير
خروجه من الثلث واهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لا لكونها
هدرا في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن
فامكن اعتباره ويصير خمسة اسداس الابريق مضمونا بجودته وصنعته
وسدسه امانة فالتغير بالانكسار فيما هو امانة لا يعتبر وفيما هو مضمون
يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده ايضا فيضمن
قيمة خمسة اسداس من خلاف جنسه ووجه قول محمد ان الوزن
مضمون والجودة امانة للمناسبة لان الجودة تابعة للوزن لا تنفصل
عنه وصفة الامانة في المرهون ايضا كذلك فيجعل الاصل
في مقابلة الاصل والتبع في مقابلة التبع فاذا ظهر ذلك فان زاد
النقصان على الدرهمين وقع النقصان في المضمون وهو العشرة
بالانكسار عنده كالهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا
دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويجبر الراهن كما ذكرنا
وان لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الامانة والرهن المضمون
باق على حاله فيجبر الراهن على الفكاك كما لو لم ينقص منه شيء واعلم ان
الدرهم والدرهمين ليس بحد فاصل في ذلك وانما الفاصل نقصان

مقدار الصناعة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان هنا باعتبار ان الزيادة
في المسئلة مفروضة كذلك كذا في العناية وتفصيله في الزيلعي
ومن شرى شيئا على ان يعطي للبايع بالثمن رهنا بعينه اذ لو كان الرهن غير
معين لا يصح مطلقا او كفيلا بعينه قيده بذلك لما ذكرناه صح العقد استحسانا
والقياس ان لا يصح لانه صفقة في صفقة وهي منهي عنه ولانه شرط
لا يقتضيه عقد البيع وفيه منفعة لاحدهما فلا يصح وجه الاستحسان انه
شرط يلايم العقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلايم الوجوب
واذا كان الكفيل معينا حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى
وهو الملايمة للعقد فيصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان
الكفيل غايبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن وهو الاستيثاق
للجهالة لان المشتري ربما ياتي بشيء يساوي عشر حقه او يعطي كفيلا غير ملي
فيفوت الاستيثاق فاذا لم يبق معنى الكفالة والرهن بقي الاعتبار لعين
الشرط فيفسد به العقد ولو كان الكفيل غايبا فحضر في المجلس وقبل ذلك
صح العقد وكذا لو لم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيينه في المجلس صح فان
امتنع المشتري عن اعطائه اي الرهن لا يجبر على الاعطاء وقال زفر يجبر
عليه لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة
في الرهن كما قيل فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب
الراهن على ما تقدم ولا جبر على التبرعات وللبايع فسخ البيع يعني ان المشتري
وان لم يجبر على اعطاء الرهن لكن للبايع خيار الفسخ ان شاء رضي بترك الرهن
وان شاء فسخ البيع لان الرهن وصف مرغوب فيه وما رضي البايع الا به
فيتخير بفواته الا ان دفع المشتري الثمن حالا او قيمة الرهن رهنا فحينئذ
لا خيار للبايع اما على الاول فلحصول المقصود وهو الثمن واما على الثاني
فلان يد الاستيفاء يثبت على المعنى وهو قيمة الرهن ومن شرى شيئا وقال
لبايعه امسك هذا حتى اعطيك الثمن فهو رهن عند ح لانه اتى بما ينبئ عن
معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني

حتى

حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وبشرط مطالبة الاصيل كفالة
اعتبارا للمعنى وقيل ان هذا اشارة الى غير الشيء المشترى وقال في العناية
والصواب ان المشترى وغيره سواء في ذلك وعند ابي يوسف وهو قول
زفر ايضا على ما في الهداية والزيلعي ومعه محمد ايضا على ما في قاضيخان
وديعة لان قوله امسك يحتمل الرهن والوديعة والثاني اقلها فيقضى بثبوته
بخلاف ما اذا قال امسك بدينك او بمالك على حيث يكون رهنا لانه لما قابله
بالدين فقد عين جهة الرهن ولو رهن عبدين بالف فليس له اخذ احدهما
بقضاء حصته كالبيع لان الجميع محبوس بكل الدين فيكون الجميع محبوسا
بكل جزء من اجزاء الدين تحصيلا للمقصود وهو المبالغة في الحمل على ايفاء
الدين فصار كالمبيع في يد البايع فان المشتري اذا ادى حصة احدهما من
الثمن لا يتمكن من اخذه حتى يؤدي باقي الثمن وان سمي لكل واحد من العبدان
الرهن شيئا من المال الذي رهنه به وهو الدين فكذلك الجواب في
رواية الاصل لان العقد متحد فلا يتفرق بتفرق التسمية كالبيع وفي
الزيادات له ان يقبض احدهما اذا ادى ما سمى له لانه لا حاجة فيه الى
اتحاد العقد لان احد العقدين لا يصير شرطا لصحة الاخر حتى اذا قبل الرهن
في احدهما دون الاخر جاز فيما قبل بخلاف البيع لان العقد فيه لا يتعدد
بتفصيل الثمن حتى لو قبل العقد في احدهما دون الاخر بطل البيع في
الكل لان البايع يتضرر بتفريق الصفقة عليه لان العادة قد جرت
بضم الردي الى الجيد في البيع فيلحقه الضرر بالتفريق ولا كذلك
الرهن لان الراهن لا يتضرر بالتفريق ولهذا لا يبطل به وهذه الرواية
هي الاصح كذا في الزيلعي ولو رهن عينا عند رجلين سواء كانا شريكين
في الدين او لم يكونا شريكين فيه صح وكلها اي العين رهن لكل منها لان
الرهن اضيف الى كل العين في صفقة واحدة ولا يكون شايعا باعتبار
تعدد المستحق لان موجبه جعل العين محبوسا بالدين وهو لا يقبل الوصف
بالتجزي فصار كله محبوسا بدين كل واحد منهما اذ لا تضايق في استحقاق

بالحبس ولهذا الرهن لا ينقسم على اجزاء الدين بل يكون كله محبوسا بكل الدين
وبكل جزء من اجزائه على ما تقدم فكذا هذا يكون محبوسا بدينهما وبدين كل
واحد منهما على الانفراد وبكل جزء من اجزاء دينهما فلا شيوع بخلاف البيع والهبة
من رجلين حيث لا يجوز عند ح لان العين ينقسم فيها على الرجلين لاستحالة
ثبوت الملك لكل واحد منهما في الكل فيثبت الشيوع ضرورة فلا يكون ان
تهايئا في حفظها بان حفظها احدهما يوما والاخر يوما فكل واحد منهما
في نوبته كالعدل في حق الاخر قال في الزيلعي هذا اذا كان مما لا يتجزى
فظاهر واما ان كان مما يتجزى فالواجب ان يحبس كل واحد منهما النصف
فان دفع احدهما كله الى الاخر وجب ان يضمن الدافع عند ح خلافا لهما
كما في الوديعة فانه اذا دفع عند رجلين ما يقبل القسمة فدفع احدهما
كله الى الاخر يضمن الدافع عنده خلافا لهما فان قضى الراهن دين احدهما
فكلها رهن عند الاخر لما ذكرناه ان كله محبوس بدين كل واحد منهما على
الانفراد وبكل جزء من اجزاء دينهما فلا يكون له استرداد شيء منه ما بقي
شيء من الدين كما اذا كان المرتهن واحدا وكما اذا ادى احد المشتريين حصته
من الثمن كان للبائع حبس المبيع كله بنصيب الاخر ولو رهن اثنان شيئا
بدينهما من واحد صح ويصير الرهن رهنا بكل الدين وله اي للمرتهن ان يمسكه
حتى يستوفي جميع حقه منهما ليس لاحدهما ان يأخذ حصته من الرهن
بعد اداء دينه كما تقدم ولو ادعى كل من اثنين ان هذا الرجل رهن هذا الشيء
منه مسئلة مبتدأة لا تعلق لها بما قبلها والضمير المجرور راجع الى كل من
اثنين وقبضه وبرهنا عليه يعني ان رجلا في يده عبد مثلا فاقام رجلان
بينة كل واحد منهما ان هذا الرجل رهنه هذا العبد الذي في يده وقبضه
بطل برهانهما لان كل واحد منهما اثبت ببينة انه رهنه كل العبد فلا يتصور
ذلك لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك
في حالة واحدة فيمتنع القضاء به لهما معا ولا لاحدهما بعينه ايضا لعدم
الاولوية ولا وجه للقضاء بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فيتعذر العمل

بالبينتين فيهما تهاترا ولا يمكن ان يقدر كانهما ارتهناه معا استحسانا لجهالة التاريخ
لان ذلك يؤدي الى العمل بخلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته
حبسا يكون وسيلة الى تملك كل العبد بالاستيفاء وبالقضاء يثبت حبس
يكون وسيلة الى تملك شطره بالاستيفاء فلا يكون عملا على وفق الحجة
فكان العمل بالقياس اولى لقوة اثره المستتر لان كل واحد منهما يثبت الحق
ببينة على حدة ولم يرض بمزاحمة الاخر بخلاف ما اذا ارتهنا جملة لان العقد
فيه من جانب الراهن واحد وهنا بينة كل واحد منهما اثبتت عقدا اخر والرهن
بعقدين مختلفين لا يجوز فاذا وقع الرهن باطلا فاذا هلك الرهن هلك
امانة لان الباطل لا حكم له وهذا اذا لم يؤرخا فان ارخا كان صاحب
التاريخ الاقدم اولى لانه اثبته في وقت لا ينازعه فيه احد وكذا اذا
كان الرهن في يد احدهما كان صاحب اليد اولى لان تمكنه من القبض
دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة او شراء عين من واحد الا ان يقيم
الاخر بينة انه الاولى فيكون هو اولى من ذي اليد فانه صرح في السبق
والصريح يفوق الدلالة ولو برهن كل من اثنين بعد موت الراهن ان العبد
الذي في يديهما الان رهنه منه هذا الراهن قبل موته وقبضه منه
قبلوا اي قبل بينة كل منهما فيحكم بكون الرهن مع كل واحد منهما نصفه رهنا
بحقه والجملة في هذه المسئلة ان العبد الرهن اما ان لا يكون في ايديهما
بل في يد ثالث او يكون في يد احدهما او يكون في ايديهما فان لم يكن
في ايديهما فهو المذكور اولا بقوله ولو ادعى كل من اثنين ان هذا الرهن
هذا الشيء منه وقبضه وبرهنا عليه بطل برهانهما وقد بينا وجهه وان كان
في يد احدهما فقط كان صاحب اليد اولى على ما ذكرناه وان كان في ايديهما
وهو المذكور بقوله ولو بعد موت الراهن يعني لو مات الراهن وبقي الرهن
في يد كل منهما فادعى كل ان هذا العبد الذي في يديهما ارتهنه من الراهن
قبل موته وبرهن على وفق دعواه قبلت بينة كل منهما ويحكم بكون الرهن مع
كل نصفه رهنا بحقه استحسانا وهو قول ح ومحمد وفي القياس انه هذا

البرهان باطل ايضا للتهاتر وهو قول ابي يوسف لان المقصود من الرهن
الحبس للاستيفاء وهو الحكم الاصلي في عقد الرهن فيكون الحكم بحكم بعقد
الرهن اذ لا يثبت الحكم بدون علته وانه باطل للشيوع كان في حالة حيوة الراهن
وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة
الحبس فالشيوع يضره وبعد الموت الاستيفاء بالبيع من ثمنه والشايع يقبل
البيع فصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امراة او ادعت اختان او خمس نسوة
النكاح على رجل فان البينات تهاترت في حالة الحيوة وقبلنا بعد الممات
لان حكمها في حالة الحيوة ثبوت ملك النكاح وهو لا يقبل الانقسام ولا الشركة
وبعد الممات ثبوت ملك المال بالارث وهو يقبل الشركة والانقسام هذا
فيما اذا كان الاختلاف بين الاثنين غير الراهن واما اذا اختلف الراهن
والمرتهن ففيه تفصيل فقال في البزازية عليه الف درهم رهن به مالا
فاختلف الراهن والمرتهن فقال الراهن بنصفه وقال المرتهن بكل الالف فالقول
للراهن لانكاره تعلق الرهن بزيادة الدين ولو كان الراهن يدعي بالف والمرتهن
بنصفها والرهن قائم يساوي الفا تحالفا وترادا فان هلك الرهن قبل التحالف
فالقول للمرتهن لانكاره زيادة سقوط الدين برهن الراهن على المرتهن انه
رهنه شيئا وقبضه ولم يعرفه الشهود يؤمر المرتهن ببيانه والقول له في
ذلك ولو اقر المرتهن انه ارتهن منه رهنا ثم جاء بثوب وقال هذا ذلك
فالقول له مع يمينه ان لم يصدقه الراهن فيه كذا في رواية الاصل ثم اختلفوا
في مسئلة البينة اعني برهن الراهن على المرتهن انه رهنه شيئا وقبضه
ولم يعرفه الشهود فقال بعض المشايخ ان هذه المسئلة ماولة بان يشهد
الشهود على اقرار المرتهن به وقال الامام السرخسي انها ليست بماولة بل على
اطلاقه وقال في البزازية ايضا زعم الراهن ان الرهن هلك عند المرتهن
وسقط الدين وزعم المرتهن انه رده اليه بعد القبض وهلك في يد
المرتهن فالقول للراهن لانه يدعي عليه الرد العارض وهو ينكر فالقول
للمنكر مع يمينه وان برهنا فللراهن ايضا ويسقط الدين عنه لاثباته الزيادة

وان

وان زعم المرتهن انه هلك في يد الراهن قبل قبضه فالقول للمرتهن لانكاره دخوله
في ضمانه وان برهنا فللراهن لاثبات الضمان اذن للمرتهن في الانتفاع بالرهن
ثم هلك الرهن فقال الراهن هلك بعد ترك الانتفاع به وعود الرهن الى ضمانه
فقال المرتهن هلك حال الانتفاع به فالقول للمرتهن لاتفاقهما على زوال الرهن
فلا يصدق الراهن في العود الاجملة رهن عبدا يساوي بالف فوكل المرتهن
بالبيع فقال المرتهن بعته بنصفها وقال الراهن لا بل مات عندك يحلف الراهن
بالله ما نعلم انه باعه ولا يحلف بالله ما مات عنده فان حلف سقط الدين
الا ان يبرهن على البيع اذن الراهن المرتهن في لبس ثوب مرهون يوما فجاء
به المرتهن متخرقا وقال تخرق في لبس ذلك اليوم وقال الراهن ما لبست
في ذلك اليوم ولا تخرق فيه فالقول للراهن وان اقر الراهن باللبس فيه ولكن
قال تخرق قبل اللبس او بعده فالقول للمرتهن انه اصابه في اللبس
لاتفاقهما على خروجه من الضمان فكان القول للمرتهن في قدر ما عاد من
الضمان اليه بخلاف اول المسئلة لعدم الاتفاق ثمة على الخروج من الضمان
لعدم اعتراف الراهن بالخروج الرهن لو كان عبدا وبرهن الراهن على اباقه عند
المرتهن وبرهن المرتهن على انه رده الى الراهن وابق عنده قال ابن سماعة عن
محمد يؤخذ ببرهان المرتهن لانه قد يابق عنده فياخذه فيرده ولو اختلفا
في ولد المرهونة فقال المرتهن ولدت عندي فالقول للمرتهن لانه في يده
ولم يقر باخذه من غيره ولو قال المرتهن ارتهنت الام والولد جميعا وقال
الراهن بل الام وحدها فالقول للراهن لانه منكر **باب** الرهن يوضع
على يد عدل اي من رضي الراهن والمرتهن لوضع الرهن في يده ورضيا ببيعه
الرهن عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن ببيعه يسمى بالعدل لعدالته
في زعم الراهن والمرتهن ولو اتفقا اي الراهن والمرتهن على وضع الرهن عند
عدل صح قال زفر ومالك وابن ابي ليلى لا يصح لان يد العدل يد المالك بدليل
انه يرجع على الراهن فيما اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل
قيمته بما ضمن فاذا كان يده يد الراهن انعدم القبض ولنا ان يده يد المالك

بدليل انه يرجع على الراهن فيما اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن
العدل قيمته لما ضمن فاذا كان يده يد الراهن انعدم القبض ولنا ان يده يد المالك
في الحفظ لكون العين امانة عنده ويد المرتهن في حق المالية لان لكل واحد
منهما امره فصارت يده كيدهما ولهذا لا يكون لاحدهما ان ياخذ منه الرهن
على الخصوص بدون اذن الآخر ولو كانت يده لاحدهما فقط كان له ان يسترده
منه ولكون اليد الواحدة في حكم يدين نظائر في الشرع كالساعي للزكوة
فان يده جعلت كيد الفقير وكيد صاحب المال حتى اذا هلكت المال في يده
اجزأت الزكوة عن صاحب المال فان قيل ان يده لما كانت بمنزلة يد كل منهما
ينبغي فيما اذا هلك الرهن في يده ثم استحق وضمن قيمته ان لا يرجع على
المالك كما لا يرجع على المرتهن او يرجع على المرتهن كما يرجع على الراهن والحاصل
ان القياس لشمول الوجود او شمول العدم قلنا العدل يضمن للمستحق ضمان
الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون
المالية والعين ملك الراهن والمالية للمرتهن فلذا يرجع على الراهن دون المرتهن
فان قيل القبض شرط في الرهن ولم يوجد من المرتهن لا حقيقة وهو
ظاهر لانهما وضعاه عند عدل قبل قبضه على ما هو المفروض ولا حكما لان
ذلك اما ان يكون من حيث انه امر العدل بالقبض وذلك غير صحيح لان الامر
انما يصح اذا لاقى حقا مستحقا للآمر وبعقد الرهن لم يصر القبض حقا له
حتى كان للراهن ان يمنعه منه واما ان يكون من حيث موافقة الراهن
اياه في الوضع على يد العدل ولا تاثير لذلك لانهما لو اتفقا على قبض الراهن
لم يتم الرهن فكذا لو اتفقا على قبض العدل ايضا اجيب عنه بانه قابض من
حيث امره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الرهن وتمكنه من المنع
لا يدل على انتفاء حقه لانه فسخ للعقد والراهن يتفرد به لكونه غير لازم
والقبض حقه ما دام العقد باقيا ويتم الرهن بقبض العدل كما ذكرناه
من ان يده يد المرتهن في حق المالية فيكون قبضه قبض المرتهن وليس
لاحدهما اي من الراهن والمرتهن اخذه اي الرهن منه اي من العدل بلا رضى الآخر

لما ذكرناه

لما ذكرناه ايضا من انه تعلق به حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن
به في حق الاستيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر ويضمن العدل بدفعه
اي الرهن الى احدهما اي من الراهن والمرتهن لانه مودع الراهن في حق العين
ومودع المرتهن في حق المالية وكل منهما اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع
الى الاجنبي وهلاكه اي الرهن في يده اي العدل على المرتهن خبر لقوله وهلاكه
وهذا لان يده في حق المالية هو يد المرتهن والمالية هي المضمون فيهلك على المرتهن
هذا اذا هلك في يده من غير تعد فيه واما اذا هلك بالتعدي فيه بان
اتلفه بنفسه او دفعه الى واحد من الراهن والمرتهن او غيرهما او اتلفه المدفوع اليه
ففي الصورتين يهلك على العدل فيضمن قيمته ثم اذا ضمن العدل قيمته فهل
يقدر العدل ان يجعل قيمته رهنا في يده كما كان مثل المتلف قالوا انه
لا يقدر على ذلك لان القيمة واجبة عليه فلو جعلها رهنا في يده بعد ضمانه
يلزم ان يكون قاضيا ومقتضيا وبينهما منافاة فلا يقدر على ذلك ولكن
للراهن والمرتهن ان ياخذاها منه ويجعلانها رهنا عنده او عند غيره وان
تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الامر الى القاضي ليفعل ذلك اي يجعل القيمة رهنا
عنده او عند غيره ثم اذا جعلت القيمة رهنا عنده او عند غيره برايهما او
براي القاضي ثم قضى الراهن الدين فان كان العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن
فالقيمة سالمة للعدل ان كانت عنده وياخذها ان كانت عند غيره لوصول
كل حق صاحبه المرهون الى الراهن بالتسليم الاول اليه والدين الى المرتهن
بدفع الراهن اليه ولا يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد ولو
اخذه الراهن لاجتمعا في ملكه وذا لا يجوز وان كان العدل ضمن الرهن
بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة من العدل ان كانت عنده او من
غيره ان كانت عند غيره لان العين لو كانت باقية لاخذها ممن هي في يده
اذا ادى الدين فكذلك ياخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل منه
في ملك شخص واحد ثم هل للعدل ان يرجع على المرتهن بذلك ينظر ان كان
دفعه اليه على وجه العارية او الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه

يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين انه اعار او اودع ملك نفسه فان
هلك في يد المودع او المستعير لا يرجع وان استهلكه يضمن كما هو حكم العارية
والوديعة وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بان قال هذا رهنك خذه
بحقك واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن او هلك
عنده لانه دفع اليه على وجه الضمان كذا في العناية والزيلعي فان وكل الراهن
العدل او المرتهن او غيرهما ببيعه عند حلول الدين صح الوكالة لان الراهن مالك
فله ان يوكل من شاء ممن كان اهلا للبيع لما له معلقا او منجزا لان الوكالة يجوز
تعليقها بالشرط لكونها من الاسقاطات لان المانع من التصرف حق المالك
وبالتسليط على بيعه اسقط حقه والاسقاطات يجوز تعليقها بالشرط ولو امر
صغيرا لا يعقل فباعه بعد ما ادرك لا يصح عند ابي ح وقالا يصح لقدرته عليه في
الامتثال ولابي ح ان امره وقع باطلا لعدم الاهلية لعدم القدرة وقت الامر
فلا ينقلب جائزا واطلاق المص يساعد قولهما فان شرطت الوكالة في عقد الرهن
لا ينعزل الوكيل بالعزل يعني ليس للراهن ان يعزل الوكيل بدون رضى المرتهن
لان الوكالة لما شرطت في عقد الرهن صارت وصفا من اوصافه وحقا من
حقوقه الا ترى انها لزيادة الوثيقة فتلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن
وفي العزل بدون رضاه ابطال حقه فصار كالوكالة بالخصومة بطلب
المدعي حتى لو شرطت بعد تمام العقد ينعزل بعزله لعدم تعلق حق المرتهن ولعدم
كونه حقا من حقوق العقد وكذا لا ينعزل بعزل المرتهن لانه لم يوكله هو فكان
اجنبيا عنه بالنسبة الى الوكالة ولا ينعزل ايضا بموت الراهن او المرتهن لان
الرهن لا يبطل بموت الراهن ولو بطل فحق الورثة وحق المرتهن متقدم عليه
كما يتقدم على حق الراهن واذا لم يبطل بموت الراهن فموت المرتهن اولى منه وكذا
لا يبطل بارتداد الراهن ولحوقه بدار الحرب لما ذكرناه بخلاف الوكالة المفردة
حيث تبطل بموت الموكل وينعزل بعزله على ما تقدم وله اي للوكيل في عقد الرهن
بيعه اي الرهن بغيبة ورثته يعني اذا لم يبطل الوكالة بالموت فللوكيل بيع الرهن
بعد موت الراهن بغيبة ورثته كما كان يبيعه في حال حيوته لانه باق على

وكالته

وكالته وتبطل الوكالة بموت الوكيل لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل
رضي براي الوكيل لا براي غيره من ورثته او وصيه ولو وكله بالبيع مطلقا ملك
الوكيل بيعه اي الرهن بالنقد والنسيئة عملا باطلاق العقد فلو نهاه اي الوكيل بعد
اي بعد ما ملك البيع بالنقد والنسيئة عن بيعه نسيئة لا يعتبر نهيه لان عقد
الوكالة لازم باصله فكذا بوصفه وهو الاطلاق لانه وصف من اوصافه وحق
من حقوقه ولا يبيع الراهن ولا المرتهن الرهن بلا رضاء الآخر اما الراهن فلان
المرتهن احق بمالية من الراهن فلا تقدر الراهن على تسليمه بالبيع وبيع ما لم تقدر على
تسليمه باطل واما المرتهن فلان الراهن ملكه جنسه وما رضي ببيعه ولو باع
الراهن الرهن بلا اذن المرتهن وسلم الى المشتري فللمرتهن خيار ان شاء ضمن الراهن
وان شاء ضمن المشتري وان شاء اجاز البيع واخذ الثمن كذا في الخزانة ومنية
المفتي فعلم ان بيع الراهن موقوف وقال في اخر البيع الموقوف من قاضيخان
الراهن اذا باع الرهن ثم باعه من اخر فاجاز المرتهن البيع الاول والثاني نفذ ما
اجاز ولو باع الراهن الرهن ثم رهن عند اخر او اجر او وهب وسلم او اعار فاجاز
المرتهن الاول الرهن الثاني او الاجارة او الهبة او العارية نفذ البيع وبطل ما سواه
انتهى فان حل الاجل والراهن غائب اجبر الوكيل على بيعه لئلا يتضرر المرتهن
معنى الاجبار ههنا على ما فسره في العناية ان يحبسه القاضي ايا ما حتى يبيعه
فان لج في البيع بعد ما حبسه ايا ما ذكر في الزيادات ان القاضي يبيع عليه
قالوا هذا على قولهما ظاهر لان من اصلهما جواز بيع الحاكم مال المديون اذا امتنع
واما على قول ابي ح فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على المديون
عنده وقال بعضهم يبيعه لتعين جهة البيع ولتقدم الرضاء منه على البيع وهو
الصحيح على ما في البزازية والجواب عن القياس على مال المديون فاسد لان بيع
الرهن صار مستحقا للمرتهن لقضاء حقه بخلاف سائر المواضع فان قيل قد
تقدم ان بيع المكره فاسد فكيف يجبر الوكيل على البيع اجيب بان هذا جبر بحق
من قبل الشارع فلا يفسد اختياره به فلا يعد مكرها في بيعه كما يجبر الوكيل
بالخصومة عليها اي على الخصومة عند غيبة موكله في الوكالة بالخصومة لان الوكيل

بالبيع لا يجبر عليه لان الموكل لا يتضرر به لتمكنه من بيعه بنفسه وكذا يجبر الوكيل
ببيع الرهن على بيعه لو شرطت الوكالة بعد عقد الرهن في الاصح كذا في الهداية
والزيلعي وعلله بانه توكيل بنوع حق المرتهن وعزاه في البزازية الى بعض المشايخ
وهو المروي عن ابي يوسف وقيل لا يجبر وبه اخذ شيخ الاسلام وعللوه بان
التوكيل بعد عقد الرهن لم يصر وصفا من اوصافه ولا حقا من حقوقه فكانت
مفردة كسائر الوكالات فان باعه اي الرهن العدل اي بعد التسليط المشروط
في العقد او بعده على البيع لان القول لا ينفذ البيع الا بعد التسليط عليه
فثمنه مقامه اي مقام الرهن وان لم يقبض الثمن بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا
كذا في العناية وهلاكه اي هلاك الثمن كهلاكه اي هلاك الرهن لقيامه
مقامه في كونه رهنا فهلك على المرتهن فان اوفاه اي ان باعه العدل واوفى ثمنه
المرتهن فاستحق الرهن بعد البيع وكان الرهن بعد البيع هالكا فللمستحق ان
يضمن الراهن قيمة الرهن لانه غاصب في حق المستحق فيضمن له ويصح اي ينفذ
البيع اي بيع العدل والقبض اي قبض المرتهن الثمن بمقابلته بدله دينه لان الراهن
ملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب فتبين انه امر ببيع ملك نفسه
او يضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم ثم العدل ان شاء ضمن الراهن
قيمة الرهن لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرور
من جهته ويصحان اي البيع وقبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه لان العدل لما رجع
على الراهن وقرر الضمان عليه ملكه الراهن باداء الضمان فتبين انه امر ببيع ملكه
او ضمن المرتهن ثمنه اي ثمن الرهن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لان العدل
ملك الرهن باداء الضمان وتنفذ عليه بيعه فصار الثمن له وانما اداه اليه
على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا بقبض المرتهن الثمن
فله ان يرجع به عليه وهو اي الثمن له اي للعدل لما ذكرناه ويبطل القبض اي
قبض المرتهن الثمن لما ذكرنا ايضا من عدم رضاه بقبضه فيرجع المرتهن على
الراهن بدينه لانه باق كما كان وان كان الرهن قائما بعد بيع العدل اخذه المستحق
عن يد المشتري لانه وجد عين ماله ويرجع المشتري على العدل بثمنه لانه العاقد

فيتعلق

فيتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه لانه وجب بالبيع وانما ادى الثمن
الى العدل ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم هو اي العدل يرجع على الراهن اي
بالثمن لانه هو الذي ادخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه كذا في
الزيلعي وقال في الهداية انه يرجع على الراهن بالقيمة والصواب هو الاول
وصح القبض اي قبض المرتهن الثمن وسلم له المقبوض وبرأ الراهن عن الدين
او يرجع العدل على المرتهن بالثمن لان البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن
وقد قبضه ثمنا فيجب عليه رده ونقض قبضه ضرورة ثم يرجع المرتهن
على الراهن بدينه لعود حقه في الدين على الراهن كما كان وان لم يكن التوكيل
مشروطا في الرهن يرجع العدل فيما لحقه من العهدة على الراهن فقط اي
لا على المرتهن قبض المرتهن ثمنه او لم يقبض لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن
لكونه بعد العقد فلا رجوع فيه كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع
الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقته عهدة لا يرجع به القابض
بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه
وان هلك الرهن عند المرتهن ثم استحق فللمستحق ان يضمن الراهن قيمته
لانه متعد في حق المستحق بالاخذ والتسليم ويصير المرتهن مستوفيا لدينه
لهلاك الرهن عنده لان الراهن ملك الرهن بالضمان مستندا الى ما قبل
التسليم فتبين انه رهن ملك نفسه فيصير المرتهن مستوفيا لدينه وان يضمن
المرتهن لانه متعد في حقه بالاخذ والقبض ويرجع المرتهن بما اي بما ضمن
من القيمة وبدينه على الراهن اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما
بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه وقبضه فيعود حقه كما كان فيرجع عليه
فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه بردّ الملك في المضمون
يشتمل عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق
الراهن ابتداء في كون المرتهن مستوفيا دينه اجيب عنه بوجهين احدهما ان
المرتهن يرجع على الراهن بسبب الغرور والغرور حصل بالتسليم الى يد المرتهن
فيملك الراهن العين من ذلك الوقت وعقد الرهن كان سابقا عليه فلم يتبين

انه رهن ملك نفسه بل ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفيا بملك الغير والثاني
ان الراهن يملك الرهن بالتلقي من المرتهن لان المرتهن اولا يملكه باداء الضمان ثم
ينتقل الى الراهن كما في الوكيل بالشراء كان المرتهن اشتراه من المستحق ثم باعه
من الراهن وانما كان كذلك لان المرتهن غاصب في حق المستحق بالقبض فاذا
ضمن يملك المضمون ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد ولكن لما
كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه فيكون ملك الراهن متاخرا عن عقد
الرهن فصار كانه رهن غير ملكه بخلاف الوجه الاول لان المستحق فيه يضمن
المستحق باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن
ملك نفسه فيكون المرتهن مستوفيا بهلاكه

باب التصرف في الرهن

وجنايته اي جناية الرهن والجناية عليه اي على الرهن فكان هذا الباب
مشتملا على ثلثة انواع الاول في مسئلة التصرف في الرهن والثاني في
مسئلة الجناية من الرهن والثالث في مسئلة الجناية على الرهن فشرع في
بيان النوع الاول بقوله بيع الراهن موقوف على اجازة المرتهن او قضاء الراهن
دينه وعن ابي يوسف ان بيع الراهن نافذ لانه تصرف في ملكه والصحيح ظاهر
الرواية لان الرهن تعلق به حق المرتهن مثل حق المالك وفي نفوذ بيعه ابطال
حقه فلا ينفذ الا باسقاط حقه باجازته او باداء حقه لزوال المانع وهو
تعلق حق المرتهن به وكونه متصرفا في ملكه لا يمنع التوقف لغيره كمن باع ماله
لوارثه او اوصى لغيره باكثر من ثلثه فانه يتوقف على اجازة الورثة فان اجاز
المرتهن بيعه صار ثمنه رهنا مكانه لان حقه انتقل الى الثمن لنفاذ البيع بالاجازة
فيكون محبوسا عنده بدينه وعن ابي يوسف ان شرط المرتهن ان يكون الثمن
رهنا عند اجازته كان رهنا والا فلا لانه لما اجاز بيع الرهن نفذ بيعه وملك
الثمن بسبب جديد فلا يصير رهنا الا بالشرط كما اذا اجره الراهن فاجاز
المرتهن الاجارة لا تصير الاجرة رهنا الا بالشرط قلنا ان الثمن بدل ما تعلق به
حق المرتهن وهو المالية وللبدل حكم المبدل فوجب انتقال حقه الى البدل كالعبد
المديون اذا بيع برضاء الغرماء انتقل حقهم الى الثمن من غير شرط لما ذكرنا ولا يسقط

حقهم

حقهم بالكلية لعدم رضاهم بذلك فكذا هذا بخلاف ما ذكر فان الاجرة ليست ببدل
حقه وهو المالية بل هو بدل المنفعة فلا ينتقل حقه اليها ولذا نفذ البيع اذا
قضى الراهن دينه لزوال المانع من النفاذ مع وجود المقتضي وان لم يجز المرتهن
البيع وفسخ البيع وقد سهى صاحب الدرر ههنا حيث فسر الفسخ بفسخ المرتهن عقد
الرهن فلا ينفسخ لا ينفسخ البيع في الاصح احترز به عن رواية ابن سماعة عن محمد
حيث قال انفسخ بفسخه حتى اذا افتكه الراهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق
الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك فله ان يجيز وله ان يفسخ ووجه
الاصح ان الامتناع لحق المرتهن كيلا يتضرر والتوقف على اجازته لا يضر حقه لان
حقه في الحبس لا يبطل بمجرد انعقاد البيع من غير نفاذ فبقي موقوفا ثم المشتري
بالخيار ان شاء صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء
رفع الامر الى القاضي فيفسخ القاضي العقد لفوات قدرة البائع على التسليم لان
ولاية الفسخ للقاضي لا للمشتري ولا للبائع فصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض
فان المشتري بالخيار ان شاء صبر حتى يرجع العبد من الاباق وان شاء رفع
الامر الى القاضي ليفسخ العقد ولو باع الراهن من رجل ثم باعه من اخر قبل ان
يجيز المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع
توقف الثاني فايهما اجاز لزم ذلك وبطل الاخر ولو باعه الراهن ثم اجره او رهنه
او وهبه من غيره واجاز المرتهن الاجارة او الرهن او الهبة جاز البيع الاول
دون هذه العقود وكذا في الزيلعي وصح عتق الراهن الرهن اي اعتاقه وتدبيره
واستيلاده لانه صدر من اهله مضافا الى محله وهو ملكه فوجب القول
بنفاذه ولا يلغو تصرفه لعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق المشتري المبيع قبل
القبض او الآبق او المغصوب فانه يصح فان كان الراهن موسرا طولب بدينه
ان كان الدين حالا اي لا بالرهن لانه لو طولب بالرهن كان له ان ياخذ
بدينه اذا كان من جنس حقه فيكون ايفاء واستيفاء فلا فائدة فيه
واخذت من المعتق الموسر قيمة الرهن اي العبد فجعلت القيمة رهنا مكانه
اي مكان العبد الرهن لو كان الدين مؤجلا لان سبب الضمان قد تحقق منه

وفي التقييد فائدة وهو حصول الاستيثاق فيحبسها الى حلول الاجل فاذا حل اقتضاه
بحقه ان كان من جنسه لان الغريم له ان يستوفي حقه من مال غريمه اذا
ظفر بجنس حقه فان كان دينه فضل يرده لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء
وان كان اقل من حقه يرجع بالزيادة لعدم ما يسقطه وان كان الراهن
المعتق معسرا يسعى العبد المعتق في الاقل من قيمته ومن الدين ان كان
القيمة اقل من الدين يسعى في القيمة وان كان الدين اقل يسعى في الدين
ورجع العبد به اي بما سعى على سيده اما سعايته فلان حق المرتهن كان
متعلقا به وقد سلمت له رقبته فاذا تعذر رجوع المرتهن على الراهن لعسره
يرجع على العبد لانه هو المنتفع بهذا العتق لان الغرم بالغنم واما رجوعه على
مولاه بعد السعاية اذا ايسر المولى فلانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم
الشرع فلم يكن متبرعا فيرجع عليه بما تحمل عنه بحكم الشرع بخلاف المستسعى
في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا واجبا عليه لانه سعى لتحصيل العتق عند ابي ح
ولتكميله عندهما على ما تقدم في العتق وهنا سعى في ضمان على غيره بعد تمام
اعتاقه فافترقا فان قيل ان ابا ح قد اوجب السعاية فيما اذا اعتق احد الشريكين
العبد المشترك بينهما في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون
يشترط الاعسار في السعاية فما الفرق بينهما قلنا ان الثابت للمرتهن حق الملك
والثابت للشريك حقيقة الملك وحق الملك ادنى من حقيقته فوجب السعاية
فيه حالة واحدة وهي حالة الضرورة وفي الاعلى في الحالين اظهارا للتفاوت
بينهما هذا كله عندنا وللشافعي اقوال في قول لا ينفذ اعتاق الراهن ولا تدبيره
ولا استيلاده مطلقا وفي قول ينفذ مطلقا وفي قول ينفذ لو كان
موسرا لا لو كان معسرا والمدبر وام الولد في كل الدين يعني ان الراهن اذا دبر
العبد المرهون او استولد الامة المرهونة فان كان موسرا ضمن قيمتها على
التفصيل الذي ذكر في الاعتاق وان كان معسرا سعيا للمرتهن في جميع
الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق فانه يسعى في الاقل من القيمة ومن
الدين على ما تقدم لان كسبه حق نفسه ولم يحتبس عنده الا قدر القيمة فلا يزاد

عليه وحق المرتهن تعلق بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة بلا رجوع على مولاهما
بما سعيا وان كان المولى لانهما ادياه من مال المولى فلا يرجعان عليه بخلاف
المعتق فانه اداه من مال نفسه وهو مضطر فيه على ما تقدم وقيل اذا كان
الدين مؤجلا يسعيان في قيمتهما لا في كل الدين لانها عوض الرهن حتى
يحتبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا حيث يسعيان
في كل الدين لانه يقضى به الدين لان كسبهما مال المولى وقد قدر على اداء الدين
بكسبهما ولو اعتق الراهن المدبر او ام الولد وقد قضي عليهما بالسعاية او لم يقض
يسعيا الا بقدر القيمة لان كسبهما بعد العتق ملكهما وما ادياه قبل العتق
لا يرجعان به على المولى لانه مال المولى واتلافه اي اتلاف الراهن الرهن كاعتاقه
موسرا حتى يجب عليه ضمان قيمته يوم قبضه لانه حق محترم مضمون عليه
بالاتلاف ثم الضمان يكون رهنا عند المرتهن لقيامه مقام العين وان اتلفه
اجنبي ضمنه المرتهن قيمته يعني ان الخصم في دعوى الضمان هو المرتهن وكانت
اي القيمة المأخوذة رهنا مكانه عند المرتهن لانه احق بعين الرهن حالة قيامه
فكذا في استرداد ما قام مقامه وهو القيمة والواجب على هذا المستهلك
قيمته يوم هلك باستهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن اذا اتلف الرهن فانه يضمن
قيمته يوم قبضه حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة ويوم الارتهان
الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا عنده ويسقط من الدين خمسمائة وصار
الحكم في الخمسمائة الزائدة كانها هلكت بآفة سماوية فتكون تلك الزيادة مضمونة
على المرتهن لا على الاجنبي وهذا لان المعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض
لا يوم الهلاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه
يتقرر عند الهلاك فيعتبر وقت قراره ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل
غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير فكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لان
الضمان بدل العين فاخذ حكمه واذا حل الدين والمضمون من جنس حقه
استوفى المرتهن منه دينه ورد الفضل على الراهن ان كان فيه فضل فان
كان دينه اكثر من قيمته رجع بالفضل وان نقصت القيمة بتراجع السعر

الى خمسمائة وقد كان قيمته يوم القبض الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط
من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره ويعتبر
قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه
الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم التلف كذا في الهداية واستشكله في النهاية
بان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط
من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك
حتى يسقط من الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب
ان لا يسقط بمقابلته شيء من الدين ولو اعار المرتهن الرهن من راهنه او اجره
منه بان كان الرهن دارا فاجره المرتهن من راهنه ففي الصورتين خرج الرهن
من ضمانه اي ضمان المرتهن لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالرد
الى صاحبه فارتفع الضمان لارتفاع المقتضي به ولا يكون مضمونا على صاحبه
لان الاسترداد كان باذنه حتى لو هلك في يد الراهن هلك مجانا لارتفاع القبض
الموجب للضمان وبرجوعه اي رجوع المرتهن الرهن وعن الاعارة والايجار
يعود ضمانه حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان وله اي للمرتهن
الرجوع متى شاء لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان فانه غير باق في تلك
الحالة ولهذا لو مات الراهن قبل ان يسترده المرتهن كان المرتهن احق به من سائر
غرمائه لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن لانه
قد ينفك عنه الا ترى ان ولد الرهن رهن وليس بمضمون ولو اعاره اي الرهن
احدهما اي الراهن والمرتهن باذن الاخر من اجنبي خرج من ضمانه اي ضمان
المرتهن ايضا اي كما خرج فيما استعاره الراهن واعلم ان في كلامه هنا وفيما
سبق مسامحة حيث ان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها ولو
من الراهن لانه انما يملك حبسها ولكن لما عومل معاملة الاعارة من عدم
الضمان وتمكن استرداد المعير اطلق لفظ الاعارة فلو هلك في يده اي يد
المستعير وهو الاجنبي هلك مجانا اي بغير ضمان على المرتهن لانتفاء القبض
الموجب للضمان ولكل منهما اي من الراهن والمرتهن ان يرده رهنا لان لكل واحد

منهما فيه حقا محترما اذ هو باق على الرهنية لبقاء عقد الرهن بخلاف البيع والاجارة
والهبة من المرتهن او من الاجنبي اذا باشرها احدهما باذن الاخر حيث
يخرج عن الرهن ثم لا يعود رهنا الا بعقد جديد حتى لو مات الراهن قبل
ان يرهنه جديدا كان المرتهن اسوة للغرماء لان الرهن قد بطل بهذه التصرفات
بخلاف الوديعة والعارية فانها عقد غير لازم حتى لو مات الراهن قبل
يجب عقد الرهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء واليه اشار بقوله
فان مات الراهن قبل رده الى المرتهن فيما اذا استعاره او استودعه
فالمرتهن احق به من سائر الغرماء لما ذكرناه من عدم اللزوم وبقاء عقد
الرهن قال في العناية وجملة التصرفات ههنا ستة العارية والوديعة
والرهن والاجارة والبيع والهبة فالعارية لا توجب سقوط الضمان سواء
كان المستعير هو الراهن او المرتهن اذا هلك حالة الاستعمال او اجنبيا
ولا يرفع عقد الرهن بها وحكم الوديعة كحكم العارية والرهن يبطل عقد
الرهن واما الاجارة فالمستأجر ان كان هو الراهن فهي باطلة وكانت
بمنزلة ما لو اعار منه او اودعه فله ان يسترده وان كان هو المرتهن وجدد
القبض للاجارة او اجنبيا بمباشرة احدهما العقد باذن الاخر بطل الرهن
والاجرة للراهن وولاية القبض للعاقد ولا يعود رهنا الا بالاستئناف
واما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما اذا كانا من المرتهن او اجنبي بمباشرة
احدهما باذن الاخر واما من الراهن فلا يتصور انتهى ولو استعار المرتهن
الرهن من راهنه او استعمله باذنه فهلك الرهن حال استعماله سقط
ضمانه عنه اي عن المرتهن لان يده حالة الاستعمال يد عارية وهي مخالفة
ليد ضمان فلا يضمن وان هلك قبل استعماله او بعده فلا يسقط ضمانه
اما قبل استعماله فلبقاء عقد الرهن واما بعده فلارتفاع يد الامانة
بالفراغ من الاستعمال وعود عقد الرهن وصح استعارة شيء ليرهن
فان اطلق المعير رهنه اي رهن المستعير ذلك الشيء المستعار بما شاء
اي بما يقابله ما شاء من الدين عند من شاء من دائنه وان قيد المعير

بقدر اي قدر الدين او جنس اي جنس الدين او مرتهن او بلد فقيده به يعني من استعار شيئا من غيره ليرهنه فالمعير اما ان يطلق في ذلك او يقيده بشيء فان كان الاول فما رهنه المستعير به من قليل وكثير اي من الدين جائز حلا بالاطلاق لان اطلاقه مثل تقييده وكان ذلك تبرعا من المعير باثبات ملك اليد للمرتهن فيعتبر باثبات ملك العين واليد جميعا بان استاذن منه ان يقضي دينه بماله فاذنه بقضائه بما له فانه جائز ويكون تبرعا منه باثبات ملك العين واليد جميعا فكذا هذا فان قيل هذا قياس غير صحيح لجواز ان يكون صحة ذلك لاجتماع ملك العين واليد جميعا اجيب بان انفصال احدهما عن الاخر غير مانع للصحة اذ لا استلزام بينهما حتى يلزم من انتفاء احدهما انتفاء الاخر الا ترى انه يجوز ان ينفصل ملك العين عن ملك اليد ثبوتا كالصبي فانه يثبت له ملك العين دون اليد وزوالا ايضا كالبيع بشرط الخيار فانه يزول اليد دون ملك العين واذا كان كذلك جاز ان يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين وان كان الثاني لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر مما عينه المعير من قدر الدين ولا باقل لان التقييد معتبر مفيد وهو نفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه ونفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر منه بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه بالكثير والنقصان يمنع من ذلك فيتعذر بالتضمين له الا اذا عين له اكثر من قيمته فرهنه باقل من ذلك بمثل قيمته او اكثر فانه لا يضمن لانه خلاف الى خير لان غرضه اعني الرجوع عليه بالكثير حاصل بذلك مع تيسر ادائه لانه لا يرجع الا بقدر القيمة لان الاستيفاء لم يقع الا به فتقييده باكثر من قيمته غير مفيد في حقه بل فيه ضرر عليه لتعسر ادائه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر بعض الاجناس دون بعض في التحصيل وتفاوت الاشخاص والبلدان في الحفظ والامانة فاذا كان التقييد معتبرا فان خالف المستعير في القدر او الجنس او المرتهن او البلد ضمن عند الهلاك فان شاء المعير ضمن

من التضمين المستعير قيمته لانه متعد بتصرفه في ماله بغير اذنه فصار غاصبا لانه انما اذن فيما عينه وتم الرهن بينه اي المستعير وبين مرتهنه لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه او المرتهن لانه متعد في حقه بالاخذ والقبض ويرجع المرتهن بما ضمنه من القيمة وبدينه على المستعير وهو الراهن اما بما ضمنه فلانه مغرور من جهته واما بالدين فلانه انتقض قبضه واستيفاؤه فيعود حقه وقد تقدم في الاستحقاق بالرهن وان وافق المستعير المعير فيما قيده من القدر والجنس والمرتهن والبلد وهلك الرهن عند مرتهنه صار المرتهن مستوفيا دينه ان كانت قيمة الرهن مساوية بالدين او اكثر او مستوفيا قدر قيمة الرهن لو كانت قيمته اقل من الدين وطالب المرتهن راهنه بما فيه من الدين لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته ووجب للمعير على المستعير مثل الدين فيما اذا كانت قيمته مساوية بالدين او اكثر لانه صار قاضيا دينه بمال المعير بقدر الدين وهو الرجوع الموجب للرجوع دون القبض بذاته لان القبض برضاه وقد وافقه في امره فتكون الزيادة على قدر الدين امانة فلا يضمنها بالهلاك وانما المضمون عليه بالقبض هو قدر الدين وكذلك لو اصاب الرهن عيب عند المرتهن ذهب من الدين بقدر نقصان العيب ووجب مثله على المستعير للمعير لكونه قاضيا دينه بما له بذلك المقدار او قدر القيمة لما ذكرناه من انه صار قاضيا دينه بقدر القيمة فيرجع به ولو هلك الرهن عند المستعير قبل الرهن بدون الاستعمال لانه لو هلك باستعماله يضمن او بعد فكه لا يضمن المستعير لانه لم يصر قاضيا دينه وهو الموجب للضمان على ما تقدم وان وصلية كان قد استعمله المستعير من قبل اي قبل الهلاك تفصيله انه اذا استعار شيئا من الثوب او العبد او الدابة ليرهنه فان هلك عند المستعير قبل ان يرهنه بلا استعمال منه فلا ضمان عليه وان هلك عنده باستعماله بان لبس الثوب واستخدم العبد وركب الدابة قبل ان يرهنه ضمن وان استعمله قبل ان يرهنه ثم رهنه بمال مثل قيمته ثم

فضى المال ولم يقبض الرهن من المرتهن حتى هلك عند المرتهن لا ضمان على الراهن
لانه قد برئ من الضمان حين رهنه فانه كان امينا خالف ثم عاد الى
الوفاق وان رهنه ثم افتك الرهن ثم استعمله ولم يهلك ثم هلك بعد
ذلك من غير صنعه لا يضمن ايضا لانه صار بعد الفكاك بمنزلة المودع
لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك فصار وديعة
لا عارية وقد عاد عن الخلاف الى الوفاق فبرئ عن الضمان وهذا بخلاف
المستعير للاستعمال لان يده يد نفسه فلا بد من الوصول الى يد
المالك وهو المعير واما المستعير للرهن فهو يحصل مقصود المعير
وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء فيكون يده يد
المعير لا يد نفسه فلا يلزم الوصول الى يد المالك كذا في الهداية
ولو اراد المعير افتكاك الرهن بقضاء دين المرتهن من عنده اى من مال
نفسه فله ذلك لتخليص ماله ويرجع بما ادى على الراهن لانه ليس
بمتبرع في ادائه لانه اداه لضرورة تخليص ماله ولذا يجبر المرتهن على
القبول فيرجع بما ادى على الراهن قال في العناية نقلا عن النهاية
ان المعير انما يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما اداه بقدر قيمة الرهن
لا ما كان اكثر منها مثلا اذا كان قيمة الرهن الفا ورهنه بالفين فافتكه
المعير بالفين فليس له ان يرجع بما زاد على قيمته وهى الف لانه لو هلك
الرهن لم يضمن للمعير اكثر من ذلك انتهى واستشكله في الزيلعي
بان تخليص الرهن لا يحصل بايفاء بعض الدين فكان مضطرا في
ايفاء الكل وباعتبار الاضطرار يثبت له حق الرجوع فكيف يمنع الرجوع
مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليص ماله لينتفع به ولا يحصل
ذلك الا باداء الدين كله اذ للمرتهن ان يحبسه حتى يستوفي الكل
انتهى ولو قال المستعير هلك في يدى قبل الرهن او بعد الفكاك
وادعى المعير هلاكه عند المرتهن فالقول للمستعير اى الراهن لانه ينكر
الايفاء بماله والرجوع عليه انما هو باعتبار الايفاء عن ماله فالقول له

والبينة

والبينة للمعير لانه يدعى عليه الضمان فان قيل الظاهر شاهد للمعير لان
سبب الضمان قد وجد بالرهن والراهن يدعى فسخه فوجب ان يكون
القول للمعير اجيب عنه بان الرهن لا يوجب الضمان وانما يوجب الايفاء
به ولهذا يتقيد بقدره ولو كان الرهن يوجب الضمان لضمنه كله ولو
اختلفا في قدر ما امره المعير بالرهن به فللمعير لانه لو انكر الاصل
وهو عقد العارية كان القول له فكذا في انكار وصفه ولو رهنه
المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد
المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لانه
كالموجود على ما تقدم ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية
الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت
العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء
رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته لان
الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق ويكون القيمة رهنا عنده الى
ان يقبض دينه فيردها الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين
وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانها تفويت حق لازم محترم للمرتهن
وهو الحبس والاستيفاء اما لزومه فلانه لا يقدر على اسقاطه بانفراده
واما كونه محترما فلان غير المرتهن ممنوع عن ابطاله وتعلق مثل هذا الحق
بالمال يجعل المالك كالاجنبى في حق المالكية كتعلق حق الورثة بمال المريض
مرض الموت فانه يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث حتى صار كالاجنبى فاذا
كان المالك كالاجنبى يضمن بالاتلاف وكذا جناية المرتهن على الرهن
اى مضمونة عليه لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمن
لمالكه فيسقط من دينه بقدرها اى قدر الجناية لانه لو نقص لا بفعله
يسقط فبفعله اولى وجناية الرهن عليهما اى على الراهن والمرتهن وعلى
مالهما هدر حتى لا يلزم فيها شئ هذا على اطلاقه قول الح خلافا لهما في المرتهن
اى في جناية الرهن على المرتهن حيث قالا انها معتبرة اطلق الجناية في النفس

ومادونها والمراد بها جناية لا توجب القصاص بل توجب المال بان يكون
خطاء لان ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع حتى يجب عليه القصاص
لوافا فيه ههنا مسئلتان احدها هذه والاخرى ما ذكره المص وهو
جناية الرهن على الراهن هدر وهذا لانها جناية المملوك على المالك فما يوجب
المال لان رقبته مملوك للمولى بدليل انه اذا مات وجب الكفن على ماله مولاه
وكل ما كان كذلك فهو هدر لانه لو جنى على غيره وجب على مولاه من
ماله فلما اذا جنى عليه لو وجب عليه شئ لكان واجبا له عليه وذلك
باطل فان قيل انه منقوض بالمغصوب اذا جنى على مالكه المغصوب منه
فانها توجب الضمان عليه اجيب عنه بان الملك عند اداء الضمان يثبت
للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية غير المالك
فلم تكن هدرا ولهما في الخلافية وهي الجناية على المرتهن ان الجناية حصلت
على غير مالكه اذ المرتهن ليس بمالك للعين والجناية على غير المالك توجب
الضمان كما اذا كانت على اجنبي اخر فلم تكن هدرا فان قيل انه محتبسة
بدينه فلا فائدة في ايجاب الضمان اجيب عنه بان في اعتبار هذه
الجناية فائدة وهي دفع العبد اليه بالجناية وان كان سقط حقه في
الدين فاذا دفع اليه بالجناية يملك عينه بخلاف الرهن فانه لا يملك عينه بالرهن
وله هنا ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان التطهير عليه لانها
حصلت في ضمانه لكونه مخاطبا بالدفع او الفداء كالراهن فكان حكم
الدفع او الفداء له وعليه في حق شئ واحد لسبب واحد ولا فائدة
في ذلك والحاصل انا لو اعتبرنا هذه الجناية للمرتهن لزم وجوب الضمان
له مع وجوب التخليص عليه فلا فائدة في اعتبارها واما جنايته على
مال المرتهن فلا يعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة
في اعتباره لانه لا يملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من
الدين فاختلفت الرواية فيه عن الحـ ففي رواية عنه انه يعتبر بقدر
الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على

المستودع وفي رواية عنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس ثابت فيه
فصار كالمضمون بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او على ابن المرتهن لان
الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي
فيعتبر ولو رهن عبدا يساوي الفا بالف اي بمقابلة الف مؤجلة فصارت
قيمته اي قيمة العبد مائة فقتله رجل وغرم القاتل مائة وحل الاجل يقبض
المرتهن المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على راهنه بشئ من دينه اعني تسعمائة
والاصل فيه ان نقصان السعر لا يوجب سقوط الدين لان نقصان السعر
عبارة عن فتور رغبات الناس فيه وذا غير معتبر في شئ من العقود
حتى اذا نقص قيمة المبيع قبل القبض بنقصان السعر لا يوجب للمشتري الخيار وكذا
لو نقص قيمة المغصوب بنقصان السعر لا يجب على الغاصب ضمان ما نقص عند
رد العين المغصوبة بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء
اذ اليد يد استيفاء فلا يقاس عليه نقصان السعر كما قاس عليه زفر
ثم اذا لم يسقط شئ من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا
قتله حر غرم قيمته يوم الاتلاف لان القيمة في ضمان الاتلاف معتبر
وقت الاتلاف واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وحق المرتهن
متعلق بالمالية ثم لا يرجع على الراهن بما بقي من دينه لانه استوفاه كله بالهلاك
وان باعه اي باع المرتهن العبد المساوي الفا بالمائة بامر راهنه وقبض ثمنه
وهو المائة رجع المرتهن عليه اي على الراهن بالباقي من الدين لانه لما باعه
باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان باعه
بنفسه لبطل الرهن وبقي الدين الا بقدر ما استوفى فكذا هذا وان قتله
اي العبد المساوي الفا عبد اخر يعدل ذلك العبد الاخر مائة فدفع العبد
الاخر القاتل به اي بمقابلة العبد المقتول افتكه الراهن بكل الدين اعني
الالف هذا عند الحـ وابي يوسف وعند محمد الراهن مخير ان شاء دفعه
اي دفع العبد القاتل الذي قام مقام العبد المقتول الى المرتهن وان شاء
افتكه بالدين اي الالف فان دفعه اليه لا شئ عليه غيره وقال زفر يصير

العبد القاتل رهنا عنده بمائة لان يد المرتهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك
الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فبقي الدين بقدره قلنا ان العبد الثاني قائم
مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط الدين اصلا عندنا
كما تقدم فكذلك اذا اقام المدفوع مقامه ولمحمد في الخيار ان المرهون تغير
في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في
يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه فكذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في
نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما تقدم مع زفر وعين الرهن
امانة عندنا فلا يجوز تمليكه من المرتهن بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين
حكم جاهلي وانه منسوخ بالحديث بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ
وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ايضا وعلى
الخلاف المذكور ايضا انه لو تراجع سعر العبد الرهن الى مائة من الف ثم
قتله عبد يساوي مائة فدفع به وان جنى العبد الرهن خطاء بان قتل شخصا
خطاء فداه المرتهن اي ليس للمرتهن ان يدفع العبد الرهن الى ولي المقتول لانه
لا يملك التمليك لان رقبته ملك المولى وهو الراهن فاذا فداه اصلح رهنه
وكان دينه على الراهن بحاله والعبد رهن كما كان ولا يرجع المرتهن على
الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان اصلاح الرهن
اليه فاذا كان الاصلاح بالفداء اليه فان ابى عن الفداء دفعه اي العبد
الراهن او فداه لان الملك له يقال للراهن اذا لم يفد المرتهن ادفع العبد
الى ولي الجناية او افده بالدية وايهما فعل الراهن سقط دين المرتهن واليه
اشار بقوله وسقط الدين اي عن الراهن لان العبد قد هلك بالدفع
بسبب حصل في يد المرتهن وكذا بالفداء لانه كالحاصل له بالعوض هذا
بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلكه استهلك مالا حيث يخاطب
الراهن اولا بالدفع او الفداء على عكس ما ذكر لانه ليس في ضمان المرتهن فيبدأ
بالخطاب بالراهن دون المرتهن فان دفع الراهن خرج الولد من الرهن ولم يسقط
شيء من الدين كما لو هلك الولد ابتداء وان فداه فهو رهن مع امه كما كان ولو استهلك

العبد

العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان اداه المرتهن فدين نفسه باق على حاله
كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يؤدي عنه
فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكر في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه
ياخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن
وعلى حق المولى ايضا لان حقه مقدم على حق المولى وكذا على حق المرتهن لانه
قام مقام المولى في المالية وكذا على حق ولي الجناية ايضا لان ولي الجناية
قام مقام المولى في ملك العين فان فضل شيء من دين العبد ودين العبد
مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة
استحقت لمعنى هو في ضمانه فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل
منه سقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من دين العبد بقي رهنا
كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذ المرتهن من ذلك الفضل دينه
لانه من جنس حقه وقد ظفر به وان كان لم يحل امسكه حتى يحل ثم ياخذه
اذا حل ان كان من جنس حقه وان كان ثمن العبد لا يفي بدين العبد
اخذ الثمن ولا يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين
الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتاخر الى ما بعد العتق ثم اذا
ادى العبد بعد العتق لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله هذا اذا كان
العبد الرهن كله مضمونا بان كان قيمته مثل الدين وان كانت قيمته اكثر
من الدين بان كان الدين الفا وقيمته الفان وقد جنى جناية خطاء قيل
لهما ادفعاه او افدياه بها لان البعض مضمون وهو قدر الدين والبعض
امانة وهو الزائد على قدر الدين والفداء في المضمون على المرتهن وفي
الامانة على الراهن فان اجتمعا على الدفع دفعا وبطل دين المرتهن
والدفع في الحقيقة لا يجوز من المرتهن لما بينا وانما له التخليص بالفداء
ولهذا يطلب رضاه في الدفع لاحتمال ان يختار الفداء وان تشاحا بان
اختار احدهما الفداء والاخر الدفع فالقول لمن قال انا افديه ايهما كان
اما ان كان هو المرتهن فلانه ليس في الفداء الذي يختاره ابطال حق الراهن

وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن ويكون المرتهن في الفداء متطوعا
في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن بذلك لانه كان يمكنه ان لا يختاره
فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا على ما روي عن ابي ح
بخلاف ما اذا كان الراهن غائبا لانه تعذر خطابه والمرتهن يحتاج الى
اصلاح المضمون عليه ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا
وعند ابي يوسف ومحمد وزفر المرتهن متطوع في الوجهين لانه قد
املك غيره بغير امره فصار كالاجنبي واما اذا كان المختار للفداء هو الراهن
فلان المرتهن ليس له ولاية الدفع كما عرفت فكيف يختاره ولان في الدفع
الذي يختاره المرتهن تفويت حق الراهن في العين من غير فائدة تحصل
له لان حكمه يسقط بالدفع كما يسقط بفداء الراهن ثم اذا فداه الراهن
بجنسه يجب على المرتهن حصة المضمون من الفداء من دينه لان سقوط
الدين امر لازم دفع او فداء لانه بالاستحقاق صار هالكا فاذا فداه
صار كانه حصل له الفداء فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان
كان حصة المضمون من الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان اقل من
الدين يسقط بحسابه وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في حصة
الامانة كان عليه وفي حصة المضمون كان على المرتهن فاذا اداه الراهن
وهو ليس بمتطوع فيه كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كله او
بعضه فيبقى العبد رهنا بما بقي بخلاف ما اذا افداه المرتهن حيث يكون
متطوعا في حال حضرة الراهن لا في حال غيبته على ما تقدم كذا في
الهداية والزيلعي ولو مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان
الوصي قائم مقام الموصي ولو كان الموصي حيا كان له ان يبيع الرهن
فكذا وصيه فان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره اي الوصي
المنصوب بذلك اي ببيع الرهن وقضاء الدين منه لان القاضي نصب
ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم وقد تعين النظر في نصب
الوصي له ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي دينه ولو كان على الميت دين

فرهن الوصي بعض التركة عند غريم اخر للميت لم يجز وللاخرين من غرمائه ان
يردوه لانه ايثار بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار والحقيقي بجامع
ان كلا منها يستلزم ابطال حق الاخرين من الغرماء فلا يجوزون ذلك بخلاف ما
لو لم يكن للميت غريم اخر جاز الرهن به اعتبارا بالايفاء الحقيقي ايضا ولو ارتهن
الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء فيملكه الوصي وله ان يبيعه
ان وكل به والا فلا الا باذن الراهن **فصل** هذا الفصل كالمسائل
المتفرقة التي تذكر في اواخر الكتب والفصول رهن عصيرا قيمته عشرة
دراهم بعشرة دراهم الجار متعلق برهن وهو بمعنى المقابلة فتخمر العصير اي صار
خمرا ثم تخلل اي صار خلا بنفسه وهو اي الخل يساويها اي العشرة ولم ينقص
لشيء من قيمته بالتخلل فهو اي الخل رهن كما كان بها اي بالعشرة لان ما يكون
محلا للبيع بقاء يكون محلا للرهن بقاء ايضا كما ان ما يكون محلا للبيع ابتداء يكون
محلا للرهن ابتداء ايضا والخمر محل للبيع بقاء الا ترى ان من اشترى عصيرا فتخمر
قبل القبض يبقى العقد فيها الا ان المشتري يتخير في البيع لتغير وصف المبيع كما اذا
تعيب في يده قبل قبض المشتري فاذا كان محلا للبيع بقاء يكون محلا للرهن
بقاء ايضا وهذا لان العقد وقع صحيحا فاذا تخمر فقد فسد لكن بالتخلل
يعود العقد صحيحا لعود المالية المتقومة فيها وزوال المفسد كذا في الهداية
والزيلعي واعلم ان قوله ثم تخلل وهو يساوي العشرة مذكور ايضا في الهداية
والكنز والوقاية وفيه نظر لانه يشعر بان المعتبر فيه في الزيادة والنقصان
القيمة وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لان العصير والخل من المقدرات
لانه اما مكيل او موزون وفيها نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من
الدين كما في القلب اذا انكسر وانما يوجب الخيار للراهن بين ان يفتكه بجميع
الدين وبين ان يضمنه قيمته من جنسه او من خلاف جنسه ويجعل قيمته
رهنا مكانه ويملك المرتهن بالضمان ما ضمن قيمته من العين المتعيب هذا عندهما
وعند محمد الراهن مخير بين ان يفتكه بجميع الدين وبين ان يجعله بالدين
كما صرح به في الزيلعي والعناية وهذا لان الفائت فيه مجرد الوصف وفوات

شئ من الوصف في المكيل والموزون وان كان مرغوبا فيه لا يوجب سقوط
شئ من الدين عندنا بل يوجب الخيار كما ذكرناه وانما يوجب سقوط الدين
فوات شئ من قدره فيكون الحكم فيما نحن فيه انه ان نقص شئ من قدر الخل
سقط من الدين بقدره والا فلا فالاولى ان يقول ثم تخلل ولم ينقص من
مقداره شئ كما وقع في العناية وقال فيها ايضا ان العصير المرهون
اذا تخمر فاما ان يكون الراهن والمرتهن مسلمين او كافرين او يكون الراهن
وحده مسلما او بالعكس فان كانا كافرين فالرهن بحاله تخلل او لم يتخلل وفي
الاقسام الباقية ان تخلل فكذلك والى هذا يشير اطلاق قوله ثم تخلل اى
بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن ان يخلله اولا فيه تفصيل ان كانا
مسلمين او كان الراهن مسلما جاز تخليله لان المالية وان تلفت بالتخمر
بحيث لا تضمن وذلك يسقط لكن اعادتها ممكنة بالتخليل قصدا وتخليص
الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك واذا جاز ذلك للمسلمين والخمر ليست بمحل
بالنسبة اليهم فلان يجوز في المرتهن الكافر اولى لانها محل بالنسبة اليه
واما اذا كان الراهن كافرا فله ان ياخذ الرهن والدين على حاله لان
صفة الخمرية لا تعدم المالية في حق الكافر فليس للمرتهن المسلم تخليلها
فان خللها ضمن قيمتها يوم خللها لانه صار غاصبا بما صنع كما لو غصب
خمر ذمي فخللها والخل له وتقع المقاصة ان كان دينه من جنس القيمة
ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليل عن دينه انتهى وان رهنت
على صيغة المجهول شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت الشاة في يد المرتهن
فدبغ اى المرتهن جلدها وهو اى الجلد يساوى درهما فهو اى الجلد رهن به
اى بدرهم ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما واما اذا كانت قيمته يومئذ
درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بان ينظر الى قيمة الشاة حية
ومسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت
قيمة الجلد يوم الارتهان درهما وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت
درهمين وانما وجب النظر الى قيمة الجلد واللحم يوم الرهن لا يوم الدباغ لان

الاصل

الاصل ان قيمة الرهن انما يعتبر يوم الارتهان هكذا اذا كانت قيمة الشاة مثل
الدين فان كانت اكثر او اقل من الدين فقال في الكفاية اما اذا كانت
قيمة الشاة اكثر من الدين بان كانت قيمتها عشرين وقد دبغ الجلد والدين
عشرة فانه ينظر الى قيمة الجلد والى اللحم يوم الارتهان فان كانت قيمته يوم
الارتهان درهما بان كانت قيمتها حية عشرين ومسلوخة تسعة عشر
علم ان قيمة الجلد كانت درهما فيكون الجلد رهنا بنصف درهم لان بازاء كل
درهم من الشاة نصف درهم من الدين فيكون الجلد رهنا بنصف درهم
ويسقط بازاء اللحم تسعة ونصف وان كانت قيمة الشاة اقل من الدين
بان كانت قيمتها خمسة وقد دبغ الجلد وكانت قيمة الجلد يوم الارتهان
درهما فقد ذهب من الدين اربعة والجلد رهن بستة لان الخمسة من
الدين باقية وبمقابلة الخمسة الاخرى كانت الشاة مرهونة فلما ماتت الشاة
ذهب ما ذهب وهو الخمسة وقد عاد من الساقط بقدر مالية الجلد بالدباغة
وهو درهم وكل جزء من الرهن محبوس بجميع الدين فلذا كان الجلد مرهونا بما
بقي من الدين وهو ستة ولم يعد اربعة لانها كانت بازاء اللحم ولم يزل التوى
عن اللحم وقد كان بقي عليه من الدين خمسة فكان الباقي من الدين
ستة فصار الجلد رهنا بستة مضمونا بدرهم فاذا هلك الجلد بعد ذلك
هلك بدرهم والحاصل يرجع على الراهن بالخمسة الباقية من الدين هذا قالوا ان
ما ذكرنا من كون الجلد رهنا بما يخصه من الدين لا يشكل اذا حصل دبغ
الجلد من المرتهن بشئ لا قيمة له بان تربه او شمسه لانه في هذه الحالة
لا يستحق بسبب الدباغة على الراهن شيئا حتى يستحق حبس الجلد فاما اذا
حصل الدبغ بما له قيمة يثبت للمرتهن حق حبس الرهن بما زاد الدبغ فيه كما لو
غصب جلد ميتة ودبغه بشئ له قيمة واذا استحق المرتهن حبس الجلد بما زاد
الدبغ فيه فهل يبطل الرهن الاول او لا يبطل قال الفقيه ابو جعفر فيه
قولان في احدهما يبطل ويصير الجلد رهنا بقيمة ما زاد الدباغ فيه حتى
لو ادى الراهن قيمة ما زاد الدباغ فيه لاخذ الجلد لانه صار مرهونا بالدين

الثاني حكما ولو صار مرهونا بالدين الثاني حقيقة بان قال الراهن جعلته
رهنا بالدين الحادث ينفسخ الاول بالثاني فكذا اذا صار مرهونا به حكما
وفي القول الاخر لا يبطل لان الاصل عندنا ان الشيء انما يبطل بما هو مثله
او فوقه ولا يبطل بما هو دونه كالبيع بالف ينفسخ بالبيع بالف او باقل من
الف فانه مثل البيع الاول وزيادة الثمن وقلته لا تغير وينفسخ به الاول
ولا يبطل بالاجارة او بالرهن لانهما دون البيع والرهن الثاني ههنا دون
الاول لانه انما استحق حبس الجلد بالمالية التي اتصلت بالجلد بحكم الدبغ
وتلك المالية تبع للجلد لانها وصف له والوصف يتبع الاصل دائما والرهن
الاول بمال هو اصل بنفسه وليس بتبع لغيره وهو الدين فيكون اقوى
من الثاني فلم ينفسخ الثاني ويثبت الثاني ايضا لان سببه قد تحقق وانه
لا يمكن رده بخلاف الاجارة والرهن لان ردهما ممكن بالقول ببطلانهما
كذا في الكفاية والزيلعي قال في قاضيخان رجل رهن شاة واباح
للمرتهن ان يشرب من لبنها كان للمرتهن ان يشرب او ياكل ولا يكون ضامنا
فان هلكت الشاة بعد ذلك عند المرتهن قسم الدين على قيمة الشاة وعلى
قيمة اللبن فما اصاب الشاة يسقط ذلك القدر من الدين وما اصاب
اللبن يرجع المرتهن بذلك على الراهن لان شرب اللبن باذن الراهن
كشرب الراهن ولو شرب الراهن لا يسقط قدر حصته من الدين كما
لو اتلف الراهن عضوا من اعضائها كان للمرتهن ان يرجع على الراهن بحصته
من الدين وعلى هذا جميع النماء والزيادة انتهى وهل يرجع المرتهن بالدين
على الراهن بعد جعل الرهن بالدين بالهلاك ثم عاد الى المرتهن او يكون
ملكا للمرتهن ففيه خلاف بيننا وبين زفر قال زفر يكون ملكا له وقال اصحابنا
يعود الرهن ويرجع به على الراهن على ما صرح به في الزيلعي حيث قال ولو ابق
العبد المرهون وجعل بالدين ثم عاد يعود بالدين وعند زفر لا يعود بل
يكون العبد ملكا للمرتهن لان القاضي لما جعل بالدين فقد ملكه اياه كالمغصوب
يعود بعد الضمان فانه يكون ملكا للغاصب ولا يعود الى ملك المغصوب منه

قلنا ان الرهن لا يملك بالدين لانه حكم جاهلي على ما تقدم وانما يقع بقبضه الاستيفا
من وجه ويتم ذلك بالهلاك فاذا عاد ظهر انه لم يتم فبقي محبوسا بالدين
بخلاف المغصوب فانه يملكه بالضمان ونماء الرهن كولده الكاف للتمثيل لا
للتشبيه ولبنه وصوفه وثمره للراهن لانه متولد عن ملكه فيكون له ويكون
النماء رهنا مع الاصل لانه تبع له لكونه متولدا منه فيكون رهنا معه اي يحبس
معه لان الاوصاف القارة في الاصل اللازمة له تسري الى الفروع المتولدة
منه اذا كانت الفروع صالحة لاحكام الاصل والرهن من هذا القبيل لانه
حق متأكد لازم حتى لا ينفرد الراهن بابطاله فيسري الى الفروع كالحرية والقنية
والكتابة والتدبير والمبيعية فان هذه لكونها اوصافا لازمة تسري من
الام الى الاولاد بخلاف ولد الجارية الجانية فان حكم الجناية لا تسري الى الولد
ولا يتبع امه فيها لان الحق فيها غير متأكد حتى ينفرد المالك بابطاله بالفداء
وبخلاف ولد المستاجرة والكفيلة والمغصوبة والموصى بخدمتها لان المستاجر
حقه في المنفعة دون العين وفي الكفالة الحق في الذمة والولد لا يتولد
من الذمة وفي الغصب السبب اثبات اليد العادية بازالة اليد المحقة وهو
معدوم في الولد ولا يمكن اثباته فيه تبعا لانه فعل حسي والتبعية تجري
في الاوصاف الشرعية وفي الجارية الموصى بخدمتها المستحق له هو الخدمة
وهي منفعة والولد غير صالح لها قبل الانفصال فلا يكون تبعا لها وبعده
لا ينقلب موجبا ايضا بعد ان ينعقد غير موجب فان هلك النماء هلك بلا شيء
لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا
اذ اللفظ لا يتناولها الا اذا صار مقصودا بالفكاك كما يظهر لك ذلك
وان بقي النماء وهلك الاصل نفتك الرهن وهو النماء الباقي بحصته من الدين
لان النماء صار مقصودا بالفكاك لهلاك الاصل والتبع اذا صار مقصودا
يكون له قسط مما يقابل الاصل كولد المبيع لا حصة له من الثمن ثم اذا صار
مقصودا بالقبض صار له حصة من الثمن حتى اذا هلكت الام قبل القبض وبقي
الولد كان للمشتري ان ياخذ الولد بحصته من الثمن ولو هلك الولد قبل القبض

لا يسقط شيء من الثمن يقسم الدين شروع في بيان معرفة حصة النماء وحصة
الاصل من الدين يعني اذا كان يفتك النماء بحصته من الدين يقسم الدين على قيمة
الاصل يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك فما اصاب الاصل يسقط وما اصاب
النماء افتك الراهن به اي بما اصاب النماء لان الولد صار له حصة من الدين
بالفكاك لا قبله كما عرفت والام دخلت في ضمانه من وقت القبض فيعتبر قيمة كل
واحد منهما في وقت اعتباره قال علاء الدين في شرح الوقاية نقلا عن الكرخي
وتفسير ذلك رجل رهن رجلا امة قيمتها الف بالف فولدت ولدا يساوي
الفا والدين الان في الظاهر نصفان نصف في الامة ونصف في الولد
فان مات الولد ذهب بغير شيء لعدم حصته من الدين مع قيام الاصل فكانت
الام رهنا بجميع الدين فان ماتت الام بعد موت الولد ذهبت بجميع الدين
فان ماتت قبل الولد ذهب بنصف الدين وافتك الراهن الولد بنصف الدين
فان لم يفتكه الراهن حتى مات بعد امه ذهب بغير شيء وصار كانه لم يكن وذهب
الام بجميع الدين الى هنا لفظ الكرخي ولو اذن الراهن المرتهن في اكل زوائد
الرهن بان قال مهما زاد الرهن فكله فاكله فلا ضمان عليه ولا يسقط شيء
من الدين لانه تلفه باذن صاحبه وهذا اباحة واطلاق والاطلاقات
يجوز تعليقها بالشرط والخطر بخلاف التمليك كذا في الفتاوى وتصح الزيادة
في الرهن بان رهن ثوبا يساوي عشرة بعشرة ثم يزيد الراهن ثوبا اخر
ليكون رهنا مع الاول بالدين الاول ولا تصح في الدين بان يزيد دينا
على الدين الاول على ان يكون الرهن الاول رهنا بالدينين وهذا غير جائز
لا بمعنى ان زيادة الدين على الدين الاول غير جائز في نفسها لان الاستدانة
بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائز بالاجماع بل بمعنى ان الرهن
لا يكون رهنا بالدين الثاني ولذا قال فلا يكون الرهن رهنا بهما اي بالزيادة
احترازا عما ذكرناه خلافا لابي يوسف قال يجوز الزيادة في الدين ايضا
بمعنى ان الرهن يكون رهنا بالاصل والزيادة معا وقال الشافعي وزفر لا يجوز
الزيادة في الرهن ايضا لهما ان الزيادة في الرهن يؤدي الى الشيوع لانه

لابد

719

لابد للثاني من ان يكون له حصة من الدين فيخرج الرهن الاول بقدره من
ان يكون مضمونا وذلك شايع والشيوع يفسد الرهن ولابي يوسف ان الدين
في باب الرهن كالثمن في المبيع والرهن كالمثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في
البيع ولابي حنيفة ومحمد ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن
لان الزيادة يثبت فيه ضمان الدين الثاني فيكون بعض الرهن مضمونا به
وبعضه مضمونا بالدين الاول وذلك البعض مشاع بخلاف الزيادة
في الرهن لانها توجب تحول الدين الى الدين الثاني لان الدين ينقسم عليها
فصار الشيوع في الدين لا في الرهن وذلك غير مانع صحة الرهن
الا ترى انه لو رهن شيئا بخمسمائة من الف درهم عليه يجوز ولو كان
الشيوع في الدين مانعا لما جاز هذا واذا صحت الزيادة في الرهن
وتسمى هذه زيادة قصدية قسم الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الاول
يوم قبضه لان كل واحد منها دخل في ضمان المرتهن يوم قبضه فكان
المعتبر يوم قبضه واذا رهن جارية بالف تساوي الفا فولدت ولدا يساوي
الفا فزاد الراهن الزيادة على الولد فقال زدتك هذا العبد مع الولد رهنا
وهو ايضا يساوي الفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد دون
الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما اصاب
الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وعلى قيمة العبد يوم قبضه لانه دخل
في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لانه اذا هلك خرج
من العقد فصار كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن
زدتك هذا العبد مع الام قسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة
الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة
دخلت على الام فصارت كانها كانت في اصل العقد فيكون الولد داخلا
في حصة الام خاصة فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي
الولد والزيادة بما فيها لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره
فلا يبطل الحكم وفي الزيادة لو ماتت الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء

وكان العقد في الام ولا ولد معها كذا في العناية وتفصيله في الزيلعي وان
رهن عبدا يعدل الفا بالف فدفع مكانه اي مكان العبد عبدا اخر يعدلها اي الالف
فالاول رهن حتى يرده المرتهن الى راهنه لانه دخل في ضمانه بالقبض والدين
فلا يخرج عن الضمان ما داما باقيين الا ان ينقض القبض والمرتهن امين في
الثاني حتى يجعله اي الثاني مكان الاول برد الاول الى راهنه لان الاول كان
في ضمانه بالقبض والدين لا يدخل الثاني في ضمانه ما دام الاول في ضمانه
لانهما انما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما معا فاذا خرج الاول عن ضمانه
برده الى الراهن دخل الثاني في ضمانه فيكون رهنا مكان الاول وهل يشترط
تجديد القبض في الثاني فيه اختلاف قيل يشترط لان يد المرتهن على
الثاني يد امانة وعلى الاول يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على
اخر جياد فاستوفى زيوفا يظنها جيادا ثم علم انها زيوف وطالبه بالجياد
واخذها فان الجياد امانة عنده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض في الجياد
وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة وعينه امانة على ما عرف وقبض
الامانة ينوب عن قبض الامانة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد العين
فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه
منه فهلك الرهن هلك بلا شيء في الاستحسان خلافا لزفر له ان القبض
وقع مضمونا فيبقى الضمان ما بقي القبض ولنا ان ضمان الرهن باعتبار القبض
والدين ولو كان الدين موعودا على ما تقدم وبالابراء والهبة لم يبق احدهما
وهو الدين لسقوطه بهما والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال
احدهما الا ترى انه لو رد الرهن الى راهنه يسقط الضمان لزوال القبض مع بقاء
الدين فكذلك اذا سقط الدين بالابراء والهبة يسقط الضمان لزوال الدين
مع بقاء القبض بخلاف ما اذا احدث المرتهن بعدهما البراءة منعا عن القبض
بان طلبه الراهن ومنعه عنه ثم تلف في يده فانه ضمن قيمته لان حق
المنع لم يبق بعد الابراء فصار بالمنع غاصبا فيضمن وكذا اذا ارتهنت المراة
بصداقها رهنا فابرأته او وهبت له او اختلعت عليه او ارتدت والعياذ بالله تعالى

قبل الدخول بها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء لسقوط الدين
بخلاف ما لو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متبرع ثم
هلك الرهن في يد المرتهن فانه يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى
الى الراهن او الى المتبرع والفرق بينهما ان الابراء يسقط به الدين اصلا
وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو السبب الموجب للدين لكن
يكون المقبوض مضمونا على القابض فيلتقيان قصاصا على ما بينه في الزيلعي
وبخلاف ما لو اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين فانه استيفاء
وبخلاف ما اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن
بطلت الحوالة وتملك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه
يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان على المحتال عليه او ما يرجع به عليه
ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وبخلاف ما اذا
تصادقا على ان لا دين عليه وهلك الرهن في يده يهلك بالدين ايضا
لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فيكون الجهة قائمة بخلاف
الابراء كذا في الهداية وهو على اطلاقه مختار بعض المشايخ وفصله في
الكافي وقال ذكر شمس الائمة السرخسي في المبسوط اذا تصادقا على
ان لا دين يبقى ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين
كان واجبا ظاهرا حين هلك ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن
فكان مستوفيا واما اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قائم ثم هلك
فهلك امانة لانه بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى
بدون الدين كذا في الزيلعي والى ما ذكرنا اشار بقوله ولو قبض المرتهن
دينه او بعضه منه اي من الراهن او من غيره اي غير الراهن اعني المتبرع
او شرى به اي بالدين عينا او صالح عنه اي عن الدين على شيء او احتال
المرتهن اي قبل الحوالة به اي بالدين على اخر ثم هلك الرهن في هذه الصور
قبل رده الى راهنه هلك بالدين ويرد ما قبض الى من قبض منه من
الراهن او المتبرع وتبطل الحوالة وكذا لو تصادقا على عدم الدين ثم هلك

هلك بالدين وقد ذكرنا وجهها وما ذكره من قوله وكذا اذا تصادقا على عدم
الدين ثم هلك هلك بالدين وهو مختار الهداية وفيه تفصيل ذكرناه

كتاب الجنايات

الجناية في اللغة اسم لما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر
من جنى عليه شرا وهو عام الا انه في الشرع خص بفعل محرم شرعا حاصل
بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا والثاني يسمى قطعا وجرحا القتل وهو
فعل صادر من العباد تزول به الحيوة واعلم ان القتل الذي يتعلق به الاحكام
الشرعية من القصاص والكفارة والدية وحرمان الارث خمسة بدليل
الاستقراء على ما سيظهر في الكتاب اما عمد وهو ان يقصد ضربه بما يفرق
الاجزاء من سلاح او محدد من حجر او خشب او ليطة وهو قشر القصب
او الزجاج او حرقه بالنار عطف على ضربه بنار وهذا لان العمد من افعال
القلوب ولا يوقف عليه الا بدليل وهو استعمال الالة القاتلة فعلم تعمده
عند استعماله ذلك هذا ثم القصاص بالاحراق بالنار انما في بخلاف ما
لو القاه في النار ثم اخرجه وبه رمق فمكث اياما ولم يزل صاحب فراش فانه
ان مات عنه قتل الملقي وان كان يجيء ويذهب ثم مات لم يقتل كذا في قاضيخان
قال في الكفاية الحدة ليس بشرط اذا كانت الالة من الحديد واستدل
عليه بما ذكره في المغني بقوله القتل العمد ان يتعمد الانسان قتل من
لا يحل قتله بالحديد سواء كان سلاحا نحو السيف والسكين او لم يكن
سلاحا نحو الابرة وسواء كان له حدة تبضع او ليس له حدة ترض رضا
كالعمود وصنجة الميزان وسواء كان الغالب منه الهلاك او لم يكن فهذا تبين
لك ان العبرة في هذا الباب للحديد لا للحدة هذا كله على رواية الاصل
وذكر الطحاوي عن ابح انه اذا قتله بصنجة حديد او عمود لا حدة له فهو ليس
بعمد محض حتى لا يجب القصاص بل هو خطاء عمد وفي كلام المص اشارة الى
رواية الاصل حيث شرط الحدة في نحو الحجر والخشب والليطة مما لم يكن من
حديد ولم يشترط فيما يكون من الحديد وعندهما ان يقصد ضربه بما يقتل
غالبا كذا في الكفاية حتى اذا ضربه بحجر عظيم او خشبة عظيمة فقتل به يكون

عمدا عندهما لانهما ما يقتلان غالبا والحد ليس بشرط عندهما وموجبه اي
موجب القتل العمد الاثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم و
لاجماع الامة والقصاص لقوله كتب عليكم القصاص في القتلى والمراد به
القتل العمد ولان في القصاص نهاية الجناية فلا يشرع الا بنهاية الجناية ولا نهاية لها
الا بالعمد لان الخطاء فيه شبهة فلا يوجب العقوبة المتناهية عينا اي ليس
للولي الخيار بين القصاص واخذ الدية على القصاص معين الا ان يعفو اي يعفو
الولي فيسقط القصاص بعفو الولي فلا يجب شيء ان كان العفو بغير بدل
وان كان العفو ببدل يجب المشروط بالصلح لا بالقتل حتى لو قال الولي انا اخذ
المال بدل القصاص ولم يرض به القاتل ليس له اخذ المال لعدم الصلح
يسقط القصاص بالعفو وقال الشافعي الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختيار
الولي وروي عنه ايضا ان الواجب هو القصاص عينا لكن للولي حق العدول
الى المال من غير رضى القاتل ولا كفارة فيه اي في القتل العمد وقال الشافعي
تجب الكفارة فيه اعتبارا بالخطاء بل اولى لانها شرعت لمحو الاثم وهو في العمد
اكثر فكان ادعى الى ايجابها قلنا ان الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة
فلا بد ان يكون سببها دائرا بين الحظر والاباحة لتعلق الاباحة بالمبيح والعقوبة
بالمحظور وقتل العمد كبيرة محض فلا يناط به كسائر مثل الزنا والسرقة والربا
ولا يمكن الحاقه بالخطاء لانه دونه في الاثم فشرعه لدفع الادنى لا يدل
على دفع الاعلى ولان في القتل العمد وعيدا محكما فلا يمكن ان يقال يرتفع
المأثم فيه بالكفارة مع وجود التشديد في الوعيد بنص قاطع ولان
الكفارة من المقدرات الشرعية فلا يجوز اثباتها بالقياس او بالدلالة
واما شبه عمد عطف على قوله اما عمد وهو الثاني من وجوه القتل وهو
ضربه قصدا بغير ما ذكر من الالات في القتل العمد من سلاح او محدد من
حجر او خشب او ليطة او احراق بالنار والمراد بغير ما ذكر ما لا حد له من
الالة كالحجر والعصا وكل شيء ليس له حد يفرق الاجزاء هذا عند ابح وقال
ابو يوسف ومحمد والشافعي اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد

وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر فيه معنى العمد لان
استعمال ما لا يقتل به غالبا قد يقصد به غير القتل كالتاديب فكان شبه
العمد بخلاف استعمال ما لا يلبث من الآلة لانه لا يقصد به الا القتل فيكون
عمدا وموجبه اي موجب شبه العمد الاثم لانه ارتكب محرما في دينه
قاصدا له والكفارة على القاتل لانه خطا من وجه نظرا الى الآلة فدخل
تحت النص على الخطا وهو من قتل مؤمنا خطا الآية والدية المغلظة وهي
مائة من الابل ارباعا على ما سياتي بيانه في الديات على العاقلة والاصل
فيه ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعده فهي على العاقلة
اعتبارا بالخطا بخلاف ما تصالحوا فيه على الدية وبخلاف قتل الوالد ولده
عمدا وبخلاف اقرار القاتل القتل خطا وقد كان قتله عمدا فان في هذه
الصور يجب الدية على القاتل في ماله لا على العاقلة اذ لم يجب بالقتل ابتداء
بل وجبت لمعنى يحدث بعد القتل وهو الصلح وكون القاتل بالدية على العاقلة
في ثلاث سنين والمروي عنه كالمروي عن رسول الله عم لانه مما
لا يعرف بالراي لا القود لان رسول الله عم اوجب فيه الدية لا القصاص
ولانه لما كان خطا من وجه على ما عرفت وعمدا من وجه كان ذلك
شبهة في سقوط القصاص فسقط وهو اي شبه العمد فيما دون
النفس اي في الاطراف عمد اي ليس شبه عمد بل عمد او خطا لان
اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة فان اتلاف النفس لا يقصد الا بالسلاح
وما جرى مجراه واما ما دونها فانه يقصد اتلافه بغيره كما يقصد به الاترى
ان فقاء العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة
ايضا كذا في العناية فقصر النص على العمد قاصر واما خطا وهو النوع
الثالث من انواع القتل وهو اي الخطا في القصد اي قصد القاتل بان
يرمي شخصا ظنه صيدا او حربيا فاذا الجانية هو اي المرمي اليه آدمي معصوم
الدم او في الفعل عطف على في القصد يعني ان الخطا على نوعين نوع
في القصد ونوع في الفعل لان الرمي الى شي مثلا مشتمل على فعل القلب

وهو القصد وفعل الجارحة وهو الرمي فاذا اتصل الخطا بالاول فهو النوع
الاول وان اتصل بالثاني فهو النوع الثاني وفسر المص الاول بما ذكره
والثاني بقوله بان يرمي غرضا فيصيب آدميا فانه لم يقصد برميه آدميا
حتى يكون الخطا في قصده واما ما يجري مجرى الخطا كنائم انقلب على آخر
فقتله وموجبها اي موجب الخطا وما يجري مجراه الكفارة على القاتل لما
ذكرناه والدية لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الآية على
العاقلة لما ذكرناه من قصة عمر واما قتل بسبب وهو النوع الخامس من
انواع القتل وهو ان يحفر بئرا او يضع حجرا في غير ملكه بلا اذن مالكه فهلك
به انسان وموجبه الدية على العاقلة اما وجوب الدية فلانه سبب التلف
وهو متعد بالحفر والوضع فجعل كالدافع الملقي فيه فيجب فيه الدية صيانة
للانفس واما انها على العاقلة لان القتل بهذا الطريق دون القتل في الخطا
فيكون معذورا فيجب على العاقلة تخفيفا عنه كما في الخطا بل اولى لعدم
القتل منه مباشرة ولا الكفارة لما ذكرناه من عدم القتل منه مباشرة
وكلها اي كل انواع القتل توجب حرمان الارث للقاتل عن المقتول الا هذا
اي القتل بسبب وقال الشافعي يحرم الميراث بالقتل بالسبب ايضا لان
الشارع جعله كمباشر القتل في ايجاب الضمان عليه فيتوفر عليه
سائر احكامه ولنا انه ليس بمباشر القتل حقيقة وانما الحق بالمباشر في
ايجاب الضمان على خلاف القياس صيانة للدم عن الهدر فبقي في حق
الكفارة وحرمان الارث على الاصل **باب** اي ما قتل يوجب
القصاص وما لا يوجب يجب القصاص بقتل من هو محقون الدم على
التابيد وهو المسلم والذمي احترز به عن الحربي والمرتد والزاني المحصن و
الحربي المستامن ومن سب النبي عم فان دمهم ليس بمحقون على التابيد
فقتلهم لا يوجب القصاص عمدا لقوله عم العمد قود ولان الجناية بالعمد تتكامل
فكان جزاؤها متكاملا ايضا وهو القصاص يعني ان القصاص جزاء كامل
فيقتضي جناية كاملة وهو القتل بالعمد فاشترط العمد فيه واحترز به عن

الخطاء لانه لا يوجب القصاص بل يوجب الدية فيقتل الحر بالحر وبالعبد اما الحر
بالحر فبالاتفاق لقوله تعالى الحر بالحر واما الحر بالعبد فقد اختلفوا فيه فذهب
اصحابنا الى قتل الحر بالعبد بعموم قوله تعالى النفس بالنفس وبقوله ع م
المسلمون يتكافأ دماؤهم ولانهم تساووا في العصمة فيجب القصاص وقال
الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لعدم المساواة بينهما قلنا القصاص يعتمد المساواة
في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيها والمسلم بالذمي خلافا للشافعي
لقوله ع م لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية ولان
المبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي من النبي ع م قتل مسلما بذمي ولان المساواة
في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح هو كفر المحارب دون المسالم
والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما رواه الحربي بدليل سياقه
ولا يقتلان اي الحر والذمي بمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد
وكذا كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع الى دار الحرب وعند ابي يوسف
ان الذمي يقتل بالمستأمن ويقتل المستأمن بمثله لوجود المساواة فيه
هذا قياس والاستحسان انه لا يقتل به لقيام المبيح والذكر بالانثى والعاقل
بالمجنون بخلاف العكس فانه لا يقتل المجنون بالعاقل كما في الصحاح والبالغ
بغيره اي بالصبي والصحيح بغيره اي المريض كالبصير بالاعمى وكامل الاطراف
بناقصها للعمومات الواردة في القصاص ولوجود المساواة بينهم في
العصمة وهي المعتبرة في القصاص ولو اعتبرت المساواة فيما وراء العصمة
لانسد باب القصاص والفرع وان سفل باصله وان علا فيقتل الولد
بقتل اصله وان علا من طرف الاب او الام لوجود المقتضي وعدم المانع
لا الاصل بفرعه من طرف الاب او الام وان علا لوجود المانع وهو قوله ع م
لا يقتل الوالد بولده بل تجب الدية في مال القاتل في ثلاث سنين لانه في الحال
ولا السيد بعبده ومدبره ومكاتبه وعبد ولده لقوله ع م لا يقتل السيد
بعبده ولانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص وعبد بعضه له اي
وكذا لا يقتل الرجل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى فاذا سقط في البعض

سقط

سقط في الكل وان ورث قصاصا على ابيه سقط لان الابن لا يستوجب
القصاص على ابيه وصورة المسئلة اذا قتل الاب اخا امرأته ثم ماتت
المرأة قبل ان يقتص منه فان ابنها منه يرث القصاص الذي لها على ابيه
فيسقط لما ذكرناه وكذا اذا قتل امرأته فلابنها منه ان يقتص ثم يسقط
القصاص لما ذكرناه والام والاجداد والجدات من اي جهة كانوا كالاب
وذلك لما بينهما من الجزئية كما في الاختيار ولا قصاص على شريك الاب
في قتل ولده صورته اجنبي شارك الاب في قتل ولده يعني قتلاه معا
لا يجب القصاص على الشريك الاجنبي لانه لا يجب على الاب فكذا على شريكه
لعدم تجزي القصاص او المولى اي شريك المولى في قتل عبده لانه لا يجب
على المولى بقتل عبده فكذا على شريكه فيه بان قتلاه معا او المخطي اي اشتراك
العامد مع المخطي في قتل رجل فقتلاه لا يجب القصاص على الشريك
المخطي لعدم وجوبه على المخطي فكذا على شريكه او شريك الصبي اي لا يجب
القصاص على شريك الصبي في القتل بان قتلا معا رجلا او شريك المجنون
اي اشتراك العاقل مع المجنون في القتل لا يجب القصاص على العاقل لعدم
وجوبه على المجنون وكل من لا يجب القصاص بقتله اي لا يجب القصاص على شريك
كل من لا يجب القصاص بقتله كالمذكورين وغيرهم وان قتل عبد الرهن
لا يقتص القاتل حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ولاية له لعدم الملك
له والراهن لا ولاية له لما فيه من ابطال حق المرتهن في الدين لانه لو قتل القاتل
لبطل حق المرتهن في الدين بهلاك الرهن بلا بدل وليس للراهن ان يتصرف
تصرفا يؤدي الى ابطال حق الغير وذكر في العيون والجامع لفخر الاسلام
انه لا يثبت لهما القصاص وان اجتمعا فجعلاه كالمكاتب الذي ترك وفاء
ووارثا ولكن الفرق بينهما ظاهر فان المرتهن لا يستحق القصاص لعدم ملكه
وللمولى فلم يشتبه من له الحق بخلاف المكاتب على ما سنبينه وان قتل
العبد المبيع قبل القبض فالقصاص للمشتري ان اجاز البيع لانه المالك
وان نقض فللبائع لان البيع ارتفع وظهر انه المالك وهذا عند ح وقال

ابو يوسف هو كذلك ان اجاز البيع لما بيناه وان فسخ فلا قصاص للبائع لعدم ملكه
عند الجناية فلم ينعقد موجبا له ووجبت له القيمة وعند محمد يجب له القيمة
في الوجهين لاشتباه المستحق كذا في الزيلعي وان قتل مكاتب عن وفاء
بان ترك ما يفي ببدل الكتابة وله وارث مع سيده فلا قصاص بالاتفاق لاشتباه
من له القصاص لانه ان مات حرا فالقصاص للوارث وان مات عبدا فالقصاص
للمولى وقد اختلف الصحابة في موته حرا او عبدا وان لم يكن وفاء يقتص سيده
يعني القصاص لسيده سواء كان له وارث او لم يكن لانه مات رقيقا لعدم تركه
وفاء فتعين الحق لسيده وكذا اي يكون القصاص للسيد ايضا ان كان
وفاء لا وارث غير سيده عند ح وابي يوسف خلافا لمحمد قال لا يجب
القصاص لان سبب الاستحقاق القصاص هنا قد اختلف سواء مات
حرا او عبدا لانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا فاشتبه الحال
فلا يستحق لان اختلاف السبب كاختلاف المستحق فيسقط اصلا فصار
كما لو قال بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها
لاختلاف السبب ولهما ان المولى هو المستحق للقصاص على التقديرين بيقين
وهو معلوم والحكم ايضا متحد معلوم فلا يفضي اختلاف السبب الى المنازعة
ولا الى اختلاف حكم فلا يغير مجرد اختلاف السبب لان السبب لا يراد لذاته
وانما يراد لحكمه وقد حصل بخلاف المستشهد به لاختلاف حكم السببين فيه
فلا يدري بايهما يحكم ولا قصاص الا بالسيف وقال الشافعي يفعل به مثل
ما فعل ان كان فعلا مشروعا كما اذا قطع يد انسان عمدا فمات منه
يقطع يد القاتل ويمهل مثل تلك المدة فان مات فيها والا فيحز رقبته
وان حصل القتل بطريق غير مشروع بان سقاه خمرا حتى قتله او وطئ صغيرة
او لاط بصبي فمات من ذلك اختلف اصحاب الشافعي فيه فقال بعضهم يحز
رقبته ولا يفعل به مثل ما فعل لانه مشروع بخلاف القتل بالحجر والسيف
فانه مشروع الا ترى ان الرجم مشروع وهو بالحجر وكذا قتل الحربي مشروع
وهو بالسيف ونحوه وقال بعضهم يتخذ له مثل آلته من الخشب في اللواطة

ويفعل به مثل ما فعل ويوجر في حلقه في سقي الخمر ويمهل قدر تلك المدة فان مات
فيها والا يحز رقبته لانه امكن المماثلة بهذا الطريق ولنا ما رواه الثوري مرفوعا
انه عم قال لا قود الا بالسيف والمراد به الاستيفاء به لا وجوب القصاص
بالقتل بالسيف لانه يجب بالقتل بغير السيف ايضا كالنار اجماعا فدل
ذلك على ان الاستيفاء لا يجوز بغيره ولانه قتل واجب فيستوفى بالسيف
كقتل المرتد وهذا لان القتل المستحق لا يستوفى الا بما لا يتخلف عنه الموت
وهو القتل بالسيف ولاب المعتوه ان يقتص من قاطع يده وقاتل
قريبه يعني اذا قطع رجل يد المعتوه عمدا او قتل قريبه كولده فاب المعتوه
يقتص من جانب المعتوه من القاطع والقاتل لان لابيه ولاية على نفس
المعتوه فيليها كالانكاح بخلاف الاخ وامثاله حيث لا يكون لهم ولاية استيفاء
القصاص الذي وجب للمعتوه لان الاب لوفور شفقته جعل التشفي
الحاصل له كالحاصل للابن ولهذا يعد ضرر ولده ضررا على نفسه بخلاف
الاخ والعم وان يصالح لانه انفع للمعتوه من القصاص فلما ملك القصاص
فلان يملك الصلح بطريق الاولى لكن هذا اذا صالح على قدر الدية او اكثر منها
وان صالح على اقل منه لا يصح ويجب الدية كاملة كذا في الزيلعي لا ان يعفو
اي ليس لاب المعتوه ان يعفو من القصاص لانه ابطال لحق المعتوه بلا عوض
ولا مصلحة فلا يجوز والصبي كالمعتوه فيما ذكر من ان لابيه القصاص والصلح
بمقدار الدية لا الاقل منها ولا العفو والقاضي كالاب في الاحكام المذكورة
الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته هو
الصحيح كذا في الزيلعي احترز به عما روي عن محمد في بعض الروايات
ان القاضي لا يستوفي القصاص للصغير لا في النفس ولا فيما دونها ولا
ان يصالح كذا في قاضيخان وقال في الحاوي القدسي ومن قتل مسلما
لا ولي له او حربيا دخل دارنا فاسلم ان كان القتل خطا فالدية على عاقلته للامام
وعليه الكفارة وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية
وليس له ان يعفو وكذا الوصي اي مثل الاب في جواز الصلح عن النفس

وعن الطرف وفي استيفاء القصاص في الطرف على ما يدل عليه قوله الا انه
لا يقتص في النفس فان تخصيص الاستثناء بالاقتصاص في النفس
دليل على ما ذكرناه من جواز الصلح عن النفس وعن الطرف وهكذا ذكره
في الزيلعي ايضا ثم ذكر نقلا عن كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح في
النفس لان الصلح فيها بمنزلة الاستيفاء والمذكور في الجامع الصغير
ان له ذلك لان المقصود من الصلح المال والوصي يتولى التصرف فيه كما
يتولى الاب بخلاف القصاص لان المقصود الحقيقي منه التشفي وهو مختص
بالاب وهل للوصي العفو قالوا لا لان الاب اذا لم يملك العفو لما فيه
من ابطال الحق فالوصي اولى منه بعدمه ومن قتل على صيغة المجهول
وله اولياء في اطلاقه اشارة الى ان القصاص يورث لكل وارث حتى
الزوجين كما هو عندنا وفي الزوجين خلاف الشافعي على ما سنبينه
كبار وصغار فللكبار الاقتصاص من قاتله قبل كبر الصغار عند ابي ح
خلافا لهما وكذا الشافعي قالوا ليس للكبار الاقتصاص من القاتل حتى يبلغ
الصغار لانه مشترك بينهم لان الكبار لا ولاية لهم على الصغار حتى يستوفوا
حقهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم قبول القصاص التجزي ولا الكل
لعدم الولاية عليهم وفيه ابطال حقهم بغير عوض يحصل لهم فتعين
التاخير الى ادراكهم كما اذا كان معهم كبير غائب فانه يتاخر الى حضور الغائب
ولابي ح ان قاتل علي رض اقتص وقد كان في اولاد علي صغار فلم ينتظر
بلوغهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم فحل محل الاجماع ثم
هذا اذا لم يكن الكبير اجنبيا من الصغير وان كان اجنبيا منه فلا يملك
الكبير الاقتصاص قبل بلوغ الصغير بالاجماع كما في الزيلعي وذلك
بان قتل عبد مشترك بين اجنبيين صغير وكبير فانه ليس للكبير الاقتصاص
قبل بلوغ المولى الصغير كما في القهستاني وفي الزيلعي والقهستاني ايضا
ان الكبير ان كان ابا او جدا يقتص قبل بلوغ الصغير بالاجماع وان كان
الكبير وليا للصغير بالقرابة فقط لا بالتصرف في ماله كالاخ والعم فعلى

الخلاف

الخلاف بينه وبين صاحبيه فعلم منه ان محل الخلاف غير الاب والجد ولو غاب
احد الكبار اي لو كان اولياء القتيل كبارا وغاب احدهم ينتظر الغائب اجماعا
يعني ليس للحاضر ان يقتص حتى يحضر الغائب لاحتمال العفو من الغائب لكونه
اهلا للعفو بخلاف الصغير فان احتمال العفو منه غير محتمل لعدم اهليته له
في الحال وشبهة عفوهم بعد البلوغ لا يمنع الاستيفاء لان حق الكبير
ثابت الان بيقين فلا يبطل بالشبهة وليس لاولياء القتيل ولا لاحدهم
ان يوكل لاستيفاء القصاص كذا في قاضيخان ومن قتل عبد رجل
فولاية استيفاء القصاص الى المولى ولو كان العبد لرجلين او ثلثة فولاية
الاستيفاء لهم جميعا لا ينفرد احدهم فان عفى احدهم ينقلب حق الاولياء الى
القيمة كما ينقلب في حق الحر الى الدية ومن قتل بحديدة المر بفتح الميم وتشديد
الراء وهو خشبة طويلة في راسها حديدة عريضة من فوقها خشبة
عريضة يضع الرجل رجله عليها ويحفر بها الارض وبالفارسية يسمى
بيل اقتص منه ان جرحه بالاتفاق وان بظهره او عصاه فلا يقتص
وعليه اي على القاتل بظهره او عصاه الدية عند ابي ح وعندهما يقتص وهو
رواية عن ابي ح ايضا وهذا لان الحديد من الة القتل فيقتص وكذا الخلاف
في كل مثقل ذكر في الاصل اذا ضربه بحديد لا حد له كسنجة الميزان والعمود
يجب القصاص وان لم يجرح وروى الطحاوي عن ابي ح لا يجب القصاص اذا لم يجرح
كما لو ضربه بعصا الكبير او بحجر مدور ولم يجرح فانه لم يجب القصاص في
قول ابي ح كذا في قاضيخان وفي التغريق في الماء والخنق عند ابي ح
لا يقتص بهما وعندهما يقتص قال في قاضيخان ولو القاه في الماء فغرق
من ساعته لا قصاص فيه في قول ابي ح وقالا يجب القصاص اذا كان لا يتخلص
منه غالبا وكذا لو القاه من جبل او سطح فهو على هذا الخلاف وفي المجرد
لو قمط رجلا والقاه في البحر فغرق كما القاه يجب الدية في قول ابي ح ولو
سبح ساعة ثم غرق لا يجب فيه شيء لانه غرق بعجزه وفي الاول غرق
بطرحه في الماء ولو خنق رجلا لا يقتل الا اذا كان الرجل خناقا معروفا

خنق غير واحد فيقتل سياسة ولو سقاه سما حتى مات فهو على وجهين ان
دفع اليه المستحق اكل ولم يعلم به فمات لا قصاص فيه ولا دية ويحبس
ويعزر ولو اوجره ايجارا يجب الدية على عاقلته وان دفع اليه في شربة
فشربه ومات لا يجب الدية لانه شرب باختياره الا ان الدافع خدعه
فلا يجب فيه الا التعزير والاستغفار وان تكرر منه التغريق والخنق قتل
به اجماعا اي سياسة لا قصاصا كذا في قاضيخان ولا قصاص في
القتل بموالات ضرب السوط اذا والى الضربات بالسوط الصغير والعصا
الصغيرة لا يجب به القصاص عندنا وقال الشافعي يجب القصاص اذا والى
الضربات لان الموالات في الضربات الى ان يموت دليل العمد به فيتحقق
الموجب ولنا انه لا يصلح دلالة القصد الى القتل لانه قد يشرع حدا وتعزيرا
في مواضع لا يكون القتل فيها مشروعا فلو كان ذلك دلالة القصد
لم يشرع في موضع لا يكون القتل مشروعا ولان احتمال القتل بالضربة
الاولى والثانية قائم لانه من الجائز ان يصاب الى المقتل فافضى الى فوات
الحيوة فلا يدل على صفة العمدية لان الضربة والضربتين قد يراد بها
التاديب لا القتل ويحتمل ان القتل حصل بالموالات بكل الضربات
فيكون القتل بصفة العمدية فمكن هذا الاحتمال يوجب تمكن الخلل في
العمدية فلا يجب القصاص للشبهة ولنا ايضا ما روي الا ان قتيل خطاء
العمد قتيل السوط والعصا فانه لم يفصل بين الموالات وغيرها ولان
الغالب هو القتل بالموالات فيحمل الحديث عليه ومن جرح بصيغة المجهول
فلم يزل ذا فراش حتى مات اقتص من جارحه لوجود السبب وهو الجرح
لانه سبب ظاهر لموته فيحال الموت عليه حتى لو اختلف ولي القتيل مع الجارح
فقال الجارح انه مات بسبب اخر وقال الولي انه مات من تلك الجراحة
يكون القول قوله لانه متمسك بالاصل وهو اضافة الحكم الى العلة الظاهرة
الحاصلة لا اضافة اليها قال في قاضيخان رجل قال ضربت فلانا بالسيف
عمدا ولا ادري انه مات منها ولكنه مات فقال ولي القتيل بل مات من ضربك

فانه لا يقتل به وان قال القاتل مات منها ومن حية نهشته او من رجل اخر ضربه
بالعصا فقال الولي بل مات من ضربك كان القول قول الضارب وعليه نصف
الدية رجل ضرب سن انسان فتحرك فاجله القاضي سنة فجاء في السنة
وقد سقط سنه فقال المضروب سقط من ضربك وقال الضارب
من ضرب رجل اخر كان القول قول المضروب وان جاء بعد السنة كان
القول قول الضارب واذا التقى الصفان من المسلمين واهل الحرب فقتل
مسلم مسلما ظنه حربيا فعليه الدية والكفارة لا القصاص اما الدية
فلقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطاء الاية فان هذا احد نوعي الخطاء على ما تقدم
ولان سيوف المسلمين توالت في غزوة الخندق في بعض الليالي
على اليمان ابي حذيفة فقتلوه على ظن انه مشرك فقضى رسول الله عم بالدية
على القاتلين فوهبها لهم حذيفة واما الكفارة فلما تقدم ايضا من ان
موجب الخطاء بنوعيه الدية والكفارة لا القصاص قالوا انما تجب الدية
اذا كانوا مختلطين فان كان المقتول في صف المشركين لا تجب الدية
لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عم من كثر سواد قوم فهو منهم ومن
مات بفعل نفسه وبفعل زيد وحية واسد فعلى زيد ثلث ديته لان
فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا مطلقا وفعله بنفسه جنس اخر
لكونه هدرا في الدنيا معتبرا في الاخرة حتى ياثم به وفعل زيد جنس اخر
لكونه معتبرا في الدنيا والاخرة فصارت ثلثة اجناس ولم يعتبر الجنس
واحد وهو فعل زيد فيجب عليه ثلث الدية فان كان عمدا ففي ماله وان كان
خطاء فعلى عاقلته في ثلث سنين ومن شهر قال في المصباح شهر الرجل
سيفه شهرا من باب نفع سله وشهرته بالتشديد مبالغة على المسلمين
حقيقة او حكما فيشمل الذمي ايضا سيفا وجب قتله اي وجب دفع ضرره
كذا في الهداية ولا شيء عليه بقتله وانما ذكر هذا بعد قوله وجب قتله
لجواز ان يجب قتله لدفع الشر ويجب بقتله شيء كما في الجمل الصائل والمجنون
والصبي كما سياتي والاصل في هذا قوله عم من شهر على المسلمين سيفا

فقد اطله دمه اى هدره ولا شى فى قتل من شهر على الحر سلاحا سيفا او غيره ليلا او نهارا فى مصر او غيره اى خارج المصر او شهر عليه اى على الرجل عصا ليلا فى مصر او نهارا فى غيره فقتله اى الشاهر المشهور عليه اى لا شى عليه من القصاص والدية لما روينا ولانه صار باغيا عليه فاهدر دمه ببغيه ولا على من قتل من سرق متاعه ليلا واخرجه اى لا شى عليه بقتله ان لم يمكنه الاسترداد بدون القتل لقوله عم قاتل دون مالك بخلاف ما اذا امكنه الاسترداد بدون القتل بالصياح مثلا فانه لا يحل له قتله ولو قتله فعليه القصاص على ما فى شرح المجمع وقال فى قاضيخان رجل راى رجلا يزنى بامراته وهو محصن فصاح به ولم يهرب ولم يمتنع عن الزنا جاز له قتله لا قصاص عليه وكذلك اذا راى رجلا يسرق ماله فصاح به ولم يهرب او راى رجلا ينقب حائطه او حائط غيره وهو معروف بالسرقة فصاح به ولم يهرب حل له قتله ولا قصاص عليه ويجب القصاص على قاتل من شهر عصا نهارا فى مصر او شهر سيفا وضرب به ولم يقتل ورجع الشاهر والضرب وهذا لانه لما شهر حل دمه دفعا لشره ولما ضربه ولم يقتل وكف عنه اندفع شره وعادت عصمته فاذا قتله فقد قتل شخصا معصوما من غير دفع فيلزم القصاص على قاتله واما فى المسئلة الاولى فلان العصا يلبث والغوث غير منقطع فى المصر فكان المشهور عليه بالقتل متعديا فيقتل قيل هذا عند الامام لانه عنده كالسلاح واما عندهما لا قصاص عليه لانه قتله دفعا لشره مضطرا اليه فصار كما لو قصد قتله بالسيف نهارا او بالعصا ليلا او فى المفازة ليلا او نهارا ولو شهر مجنون او صبى على الحر سيفا فقتله الاخر عمدا فعليه الدية لان فعل المجنون والصبى غير متصف بالحرمة فلم يقع بغيا فلا يسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح منهما ولهذا لا يجب القصاص عليهما بقتلهما انسانا فاذا لم يسقط عصمتهما كانت قضيتها ان يجب القصاص على قاتلهما لانه قتل نفسا معصوما الا انه سقط القصاص لوجود المبيح وهو دفع شرها فيجب الدية فى ماله اى لا على العاقلة لانه

ليس

ليس بخطاء وعن ابى يوسف لا يجب الدية فى قتلهما لان فعلهما معتبر فى الجملة ولهذا اذا اتلفا مالا او نفسا وجب عليهما الضمان فاذا اعتبر فعلهما فقد سقط عصمتهما بالشهر ولو قتل جملا صال على اى هجم ضمن قيمته لان فعل الجمل غير متصف بالحرمة فلم يقع بغيا فلا يسقط عصمته به لعدم الاختيار الصحيح فيضمن قاتله قيمته وفيه خلاف الشافعى حيث قال لا ضمان فيه ولا دية فى المجنون والصبى

باب قصاص فيما دون النفس هو اى وجوب القصاص فيما دون النفس فيما يمكن حفظ المماثلة لقوله تعالى والجروح قصاص اى ذو قصاص ولقوله تعالى السن بالسن فانه ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن فيه المماثلة يجب القصاص فيه والا فلا اذا كان الجرح عمدا اذ لا قصاص فى الخطاء مطلقا فيقتص شروع فى بيان ما يقتص مما يمكن فيه حفظ المماثلة بقطع اليد من المفصل لامكان المماثلة فيه حتى اذا قطع من نصف الساعد لم يقتص لامتناع حفظ المماثلة فيه وان وصلية كانت يد القاطع اكبر من يد المقطوع لان منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بكبرها وصغرها وكذا الرجل فانها اذا قطعت من المفصل يقتص بقطع رجل القاطع من المفصل ايضا لامكان المماثلة فيه حتى لو قطع من نصف الساق لم يقتص لامتناع المماثلة فيه وكبر الرجل وصغرها غير معتبر ايضا وفى مارن الانف فانه اذا قطع عمدا يقتص بقطع مارن القاطع ايضا لامكان المماثلة فيه حتى لو قطع من قصبة الانف لم يقتص لامتناع حفظ المماثلة فيه وفى الاذن فانه اذا قطع عمدا يقتص لامكان المماثلة وفى العين ان ذهب ضوءها وهى اى العين قائمة فانها اذا ذهب ضوءها قصدا يقتص لامكان المماثلة فيه لا يقتص ان قطعت العين لامتناع حفظ المماثلة فيه ثم بين طريق القصاص فى ذهاب ضوءها بقوله فيجعل على الوجه قطن رطب اى على وجه الضارب وتقابل العين اى عين الضارب بمراة محماة فان ضوءها ايضا يزول وقد وقعت هذه الحادثة فى زمن عثمان فشاور الصحابة فقضى على رض بهذه الطريقة ولم ينكر احد من الصحابة فكان اجماعا وطريق معرفة ذهاب الضوء من الضارب والمضروب المشاهدة

اقوال الاطباء وفي كل شجة تراعى المماثلة في القدر كالموضحة وهي التي توضح
العظم وفي عمدها قصاص على ما سيأتي ولا قصاص في عظم سوى السن
لقول عمر وابن مسعود لا قصاص في عظم الا السن ولان القصاص ينبئ
عن المماثلة وقد تعذر اعتبارها في غير السن بخلاف السن فان اعتبار
المماثلة فيه ممكن سواء قلع او كسر فاشار الى تفسير المماثلة بقوله فيقلع سن
الضارب ان قلع سن المضروب وفي الكفاية يؤخذ الثنية بالثنية
والناب بالناب والضرس بالضرس والاعلى بالاعلى والاسفل بالاسفل
لما في خلاف ذلك من الاخلال بالمماثلة ويبرد سن الضارب بالمبرد ما كسر
من سن المضروب ان كسر من سن المضروب قال في النهاية والكفاية ان
قلع سن المضروب لا يقلع سن الضارب قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة ايضا
ولا بين طرفي ذكر وانثى وطرفي حر وعبد او طرفي عبدين لان مبنى
القصاص على المساواة كما عرفت ولا مساواة بين طرفي الرجل والمراة لان
يد المراة تصلح لنوع من المنافع لا تصلح له يد الرجل فصارت كاليمين واليسار
وكذلك لا يجري القصاص بين طرفي الحر والعبد للتفاوت في الارش
لان وجوب القصاص في الاطراف يعتبر فيه التساوي في الارش بدلالة
ان الصحيح لا يقطع بالاشل ولا كامل الاصابع بناقص الاصابع لاختلاف
الارش فاذا اختلفا في الارش لا يجري فيهما القصاص بل يجب الارش
وكذلك لا يجري القصاص بين طرفي عبدين لان العبد يختلف في القيم
ووجوب القصاص في الاطراف يعتمد على التساوي في القيمة ولم يوجد
التساوي في القيمة ولو وجد فيعلم بالحزر والتخمين والمماثلة الثابتة
شرعا لا تثبت بالحزر والظن كالمماثلة في الاموال الربوية عند المقابلة
بجنسها بخلاف طرفي الحرين لان استواءهما متيقن به بتقويم الشارع وبخلاف
الانفس لان القصاص فيها يتعلق بازهاق الروح ولا تفاوت فيها هذا عندنا
وقال الشافعي يجب القصاص في جميع ذلك الا في الحر بقطع طرف العبد
لان الاطراف تابعة للنفس وشرع القصاص فيها للالحاق بالنفس ففي كل موضع

يجري

728

يجري القصاص في النفس يجري في الطرف ايضا ولا في قطع في نصف
الساعد لتعذر اعتبار المماثلة فيه لان العظم لا ينكسر من الموضع الذي
يراد كسره ولا في جائفة وهي التي تصل الى البطن من البطن او الصدر
برأت لتعذر اعتبار المماثلة فيها ايضا لان البرء في الجائفة نادر فلا يمكن
ان يجرح الثاني جائفة على وجه يبرأ منه مثل الاولى فتكون الجائفة الثانية
اهلاكا له فلا يجوز ولا في اللسان ولا في الذكر لانهما ينقبضان
وينبسطان فلا يمكن اعتبار المماثلة فيهما الا ان قطعت الحشفة فقط فيقتص
لان موضع القطع معلوم فصار كالمفصل فامكن اعتبار المماثلة
وعن ابي يوسف انه اذا قطع الذكر واللسان من اصلهما يقتص لان موضع
القطع معلوم قلنا ممنوع لانقباضهما وانبساطهما وطرف المسلم والذمي
سواء فيجري القصاص بينهما للتساوي في الارش وخير المجني عليه بين
القصاص واخذ الارش لو كانت يد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع
لان استيفاء حقه كاملا متعذر فيتخير بين ان يتجوز دون حقه في
القطع لان حقه في اليد الصحيحة والكاملة الاصابع وبين ان ياخذ
الارش كاملا كمن اتلف مثليا لانسان فانقطع عن ايدي الناس ولم يبق
منه الا رديا فانه مخير بين ان ياخذ الموجود ناقصا وبين ان يعدل الى
القيمة ثم اذا استوفى القصاص سقط حقه في الزيادة ولو سقطت
يده المعيبة قبل اختيار المجني عليه بطل حقه ولا شيء له عليه لان حقه
متعين في القصاص عندنا لما مر ان موجب العمد القود عينا وحقه
ثابت فيه قبل اختياره المال فاذا فات المحل بطل الحق بخلاف ما اذا قطعت
يده بقود او سرقة حيث يجب عليه ارش اليد في الموضعين لانه
اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى او راس الشاج اصغر من
راس المشجوج يعني يخير ايضا بين القصاص واخذ الارش لتعذر الاستيفاء
كاملا فيه من زيادة الشين للمشجوج او اكبر من راس المشجوج ثم فسر الاكبرية
بقوله لا يستوعب المشجة ما بين قرنيه اي قرني الشاج اي جانبي راسه

وقد استوعبت الشجة ما بين قرني المشجوج وهذا لان الشجة انما كانت
موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي استيعاب ما بين
قرني الشاج زيادة على ما فعل لان ما بين قرنيه اكبر ما بين قرني المشجوج
وبالاستيفاء قدر حقه لا يلحقه من الشين مثل ما يلحق المشجوج فيخير بينهما
كما في الشلبي والصحيح ثم اذا اختار القود يبتدئ من اى الجانبين شاء لان
حقه في ذلك المحل فكان له ان يفعل **فصل** ويسقط القصاص
بموت القاتل لفوات المحل لان موجب العمد عندنا هو القصاص عينا على ما
تقدم فاذا مات القاتل فات المحل وسقط الحق خلافا للشافعي فانه يقول
يجب الدية في ماله على ان موجب العمد عنده القصاص او الدية فاذا فات
احدهما ثبت الاخر وقد تقدم الجواب عنه ويعفو الاولياء لانه حق ثابت
فيجري فيه العفو ويصلحهم على مال وان وصلية قل المال لقوله تعالى فمن
له من اخيه شئ فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان قال ابن عباس
انها نزلت في الصلح ويجب المال المصالح عليه حالا الا ان لم يشترط التاجيل
ولا التعجيل لانه دين وجب بعقد الصلح والاصل فيما وجب بالعقد الحال كالثمن
والمهر بخلاف الدية لانها لم تجب بالعقد بل وجبت بالقتل ابتداء فوجبت
مؤجلة ابتداء بتاجيل الشارع الى ثلاث سنين ويستوي في بدل الصلح
القليل والكثير على ما اشار اليه بقوله وان قل لانه ليس في الصلح نص
مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كبدل الخلع والكتابة والعتق على مال بخلاف
الدية فانها مقدر بتقدير الشارع فلا تجوز الزيادة والنقصان فيها ويصلح
بعضهم او عفوه اى يسقط القصاص بصلح بعض الاولياء من نصيبه او عفو
بعضهم من نصيبه لعدم تجزي القصاص ثبوتا وسقوطا ولمن بقي من الاولياء
حصته من الدية في ثلاث سنين لانه لما سقط حقهم في القصاص
ضرورة عدم التجزي انقلب نصيبهم اى نصيب من لم يعف الى المال حتى
لو قتله غير العافي جاهلا بعفو فعليه الدية عندنا لانه قتل معصوما
خطا بخلاف ما لو قتل رجل رجلين فعفى اولياء احدهما دون الاخر حيث

يكون لاولياء الاخر قتله لان الواجب فيه قصاصان لاختلاف القتل والمقتول
فبسقوط احدهما لا يسقط الاخر فلا يلزم فيه تجزي القصاص كما لزم فيما
نحن فيه واعلم ان كلا من القصاص والدية يجري فيه الارث لكل وارث ذكرا
او انثى حتى الزوجين واليه اشار المص باطلاق الولي وقال مالك والشافعي
لا حق للزوجين في القصاص ولا في الدية لان الوراثة خلافة وهي بالنسب
دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا قوله عم من ترك مالا او حقا فللورثة
ومن ترك كلا فعلي وورثه والقصاص حقه فيكون لجميعهم كالمال وقد امر النبي
عم بتوريث امراة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم ولان القصاص
حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان
القصاص بين الصلبي وبين ابن الابن فيثبت لجميع الورثة والزوجية تبقى بعد
الموت حكما في الارث وعن علي انه يقسم الدية على من احرز الميراث فثبت
ان الارث جار فيها بين جميع الورثة وقال ان الدية حكمها حكم سائر الاموال
حتى تقضى ديون المقتول بالدية وتنفذ وصاياه من دية كما في الزيلعي
على القاتل وهو الصحيح لانه عمد سقط فيه القصاص لشبهة عدم التجزي
فيلزم من مال القاتل وليس بخطاء حتى يلزم على العاقلة ولو قتل حر وعبد
شخصا فامر الحر وسيد العبد رجلا بالصلح عن دميهما اى دم الحر والعبد
بالف وصالح ذلك الرجل اى الوكيل بالصلح فهي اى الالف نصفان بين الحر
وسيد العبد لان الصلح وقع عن القصاص والحر والعبد مستويان في
وجوب القصاص عليهما فيستويان ايضا في بدل القصاص فيجب على كل
واحد من الحر والسيد نصف الالف ويقتل الجمع اى الجمع الذي ليس فيه
ما لم يجب القصاص عليه حتى لو قتل جماعة رجلا وفيهم ابو المقتول او مجنون
او صبي لا يقتل الجمع كما في قاضيخان وغيره بالفرد يعني اذا قتل جماعة واحدا
عمدا فيقتص كل واحد منهم استحسانا والقياس ان لا يقتل الجماعة بالواحد
لان القصاص ينبئ عن المساواة ولا مساواة بين الواحد والجماعة وجه
الاستحسان ما روي عن عمر انه قتل نفرا من اهل صنعاء خمسة او سبعة

برجل قتلوه وقال لو لا الحكم الزجر فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به فيجري القصاص
عليهم جميعا تحقيقا لمعنى الاحياء ولولا ذلك لسد باب القصاص عليهم وفتح
باب التغالب اذ لا يوجد القتل من واحد غالبا لانه يقاوم الواحد فلم يقدر
عليه فلم يحصل الاثار والزجر المشروع فيما يغلب لا فيما يندر ولان زهوق
الروح لا يتجزى واشتراك الجماعة فيما لا يتجزى يوجب التكامل في حق كل واحد
منهم فيضاف الى كل واحد منهم كملا لانه ليس معه غيره كذا في الزيلعي فاذا اضيف
الى كل واحد منهم كملا فاذا عفى اولياء المقتول واحدا منهم لا يسقط القصاص
من الباقين بل لهم ان يقتصوا كما في قاضيخان حيث قال ولو قتل رجلان
رجلا عمدا فعفى الولي عن احدهما كان له ان يقتل الاخر وكذا لو قتل رجل
رجلين فعفى احد ولي المقتولين فلولي الاخر ان يقتله انتهى والفرد بالجمع اي
اذا قتل رجل عمدا جماعة يقتل الرجل بالجماعة اكتفاء اي يكتفى بقتله ولا شئ
لاولياء المقتولين غير ذلك من الدية ان حضر اولياؤهم اي يقتل الفرد بالجمع
ان حضر اولياؤهم عند القتل اكتفاء وفيه خلاف الشافعي فانه قال يقتل
بالاول منهم ان قتلهم على التعاقب وقضى بالدية لمن بعده في تركة القاتل
لان العاقلة لا تعقل العمد وان قتلهم دفعة واحدة يقرع بينهم ويقضى بالقود
لمن خرجت له القرعة وبالدية للباقين وفي قول منه انه يقتل لهم جميعا وتقسم
الديات بينهم لان الموجود قتلات وما يتحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل
وهو القياس في الفصل الاول ايضا الا انا تركناه بما ذكرناه ورويناه
ولنا ان كل واحد من اولياء المقتولين قاتل للقاتل بوصف الكمال لحصول التماثل
في قتل الواحد بالجماعة الا ترى ان الواجب في الفصل الاول القصاص
ولولا ان التماثل ثابت لما وجب القصاص وهذا لان المثل اسم مشترك
فمن ضرورة كون الشئ مثلا للاخر ان يكون الاخر مثلا له ايضا فوجوب
القصاص فيه دليل على انه مثل له اذ القصاص لا يجب في كل موضع يتعذر
فيه اعتبار المماثلة كما تقدم وان حضر واحد من اوليائهم قتل القاتل له اي
للحاضر وسقط حق البقية لفوات المحل بالقتل كما اذا مات القاتل حتف انفه

سقط

730

سقط القصاص لفوات المحل وفيه ايضا خلاف الشافعي فانه قال يجب الدية
للباقين في ماله بناء على ان الاصل عنده ان الواجب في قتل العمد القصاص
او الدية واما عندنا القصاص عينا على ما تقدم ولا تقطع يدان بيد يعني
اذا قطع رجلان يد رجل واحد عمدا لا قصاص على واحد منهما وان وضعا امرا
سكينا واحدا فقطعا معا بل يضمنان ديتها اي دية اليد المقطوعة لان التلف
حصل بفعلهما فيجب عليهما نصف الدية على كل منهما ربع الدية اشار بان الوصلية
وبقوله سكينا الى انهما لو قطعا يد رجل بسكينين بان اخذ كل منهما سكينا وامر
احدهما من جانب والاخر من جانب اخر لا يقطع يدهما ايضا وهذا بالاتفاق
وفي الاول خلاف الشافعي فانه قال اذا اخذ سكينا واحدا من جانب
وامراها على يد رجل حتى انقطعت يده يقطع يدهما اعتبارا بالنفس فان
الاطراف تابعة للانفس وملحقة بها واخذت حكمها فكما يقتص الرجلان
بقتل رجل فكذلك يقتص يدان بيد بخلاف ما اذا امر احدهما السكين من
جانب والاخر من جانب اخر حتى التقى السكينان في الوسط وانقطعت
اليد لا يجب القصاص فيه على واحد منهما لانه لم يوجد كل واحد منهما امرار
السلاح الا على بعض العضو ولنا في الخلافية ان كل واحد منهما قطع
البعض لان ما انقطع بقوة احدهما لا ينقطع بقوة الاخر فلا يجوز ان يقطع
الكل بالبعض والاثنين بالواحد لانعدام المساواة فصار كما اذا امر كل
واحد منهما من جانب اخر بخلاف النفس فان الشرط فيها المساواة في العصمة
لا غير وفي الطرف يعتبر المساواة في النفع والقيمة ولهذا لا يقطع
الصحيحة بالشلاء والنفس السالمة عن العيوب تقتل بالمفلوج والمسلول
فكذا الاثنان بالواحد فلا يصح القياس على النفس فان قطع رجل واحد
يمنى رجلين فلهما قطع يمينه اي يمين القاطع سواء كان قطعهما معا او متعاقبا
علمها في الكنز بلفظ يمنى رجلين لانه لو قطع يمين رجل ويسار اخر قطع
يداه بهما وكذا اذا قطعها لواحد ودية اي ولهما اخذ الدية اي نصف دية النفس
فيقسمان ذلك النصف بينهما لكل منهما ربع وان حضرا معا وقال الشافعي

ان قطعها على التعاقب يقطع للاول منهما ويغرم ارش اليد للثاني لان يده صارت
مستحقة له قصاصا فمنع استحقاقها للثاني بالقطع فصار كما اذا رهن
شيئا من انسان ثم رهنه من اخر بعد التسليم الى الاول وان قطعها دفعة
واحدة يقرع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت له قرعته والارش للاخر لان
اليد الواحدة لا تفي بالحقين وليس احدهما باولى من الاخر فوجب المصير الى
القرعة ولنا ان المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق
ولا معتبر بالتقدم والتاخر كالغريمين في التركة وهذا لان حق كل واحد
منهما ثابت في كل اليد لتقرر السبب في كل واحد منهما وهو القطع وكونه
مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب في الثاني ولهذا لو كان القاطع لهما
عبدا استويا في استحقاق رقبته ولو كان يمنع للاول لما شاركه الثاني
بخلاف الرهن لانه استيفاء حكما فلا يثبت للثاني بعد ما ثبت للاول كالاستيفاء
حقيقة فاذا لم يمنع الاول ثبوت حق الثاني فيها استويا فيها فيقطع لهما اذا
حضرا معا لعدم الاولوية ويقضى لهما بنصف الدية فيقسمانه نصفين
لاستوائهما وان حضر احدهما وقطع له يد القاطع فللاخر الدية اي دية
اليد الواحدة لان للحاضر ان يستوفي حقه فلا يجب عليه التاخير الى ان
يحضر الاخر لثبوت حقه في القصاص بيقين وحق الاخر متردد لاحتمال
ان لا يطلب او يعفو مجانا او صلحا فصار كاحد الشفيعين اذا حضر
والاخر غائب حيث يقضى له بالشفعة في الكل لما قلنا ثم اذا حضر الاخر
بعد ما قطعت يده للحاضر فطلب يقضى له بالدية لعدم المحل للقصاص له
لفواته بالقصاص له للاول صح اقرار العبد بقتل العمد ويقتص به اي في الحال
وكذا يصح اقراره بحد فيحد به في الحال وقد تقدم في كتاب الحج وقال زفر
لا يصح اقراره بذلك لانه يؤدي الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار بالنفس
خطاء او بالمال في عدم الصحة ولنا ان العبد غير متهم في مثله لكونه يلحقه
الضرر به فيصح منه ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالادمية
الا ترى ان اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص لا يصح فاذا صح اقراره بقتل

العمد لزم منه بطلان حق المولى ضرورة وضمنا وذلك لا يضر وكم من شيء يصح
ضمنا ولا يصح قصدا بخلاف الاقرار بالمال لانه اقرار على المولى بابطال حقه قصدا
لان موجبه بيع العبد او الاستسعاء وكذا اقراره بالقتل خطاء لان
موجبه دفع العبد الى ولي المقتول او الفداء على المولى ولا يجب على العبد شيء
فلا يصح سواء كان العبد محجورا عليه او ماذونا له في التجارة ومن رمى
رجلا عمدا فنفذ السهم من ذلك الرجل الى رجل اخر فماتا اقتص الرامي للاول
لانه قتله عمدا وعلى عاقلته اي عاقلة القاتل الدية للثاني لانه لخطاء في الفعل
كانه رمى غرضا فاصاب ادميا ورميه وان كان شيئا واحدا الا ان المحلين
مختلفان فينزل الفعل الواحد منزلة الفعلين المختلفين لتعدد الاثر فينفرد كل
واحد منهما بحكم فصل ومن قطع يد رجل ثم قتله اخذ الجاني بهما اي بموجبي
القطع والقتل مطلقا اي سواء كان القطع والقتل عمدين او خطاين او احدهما
عمدا والاخر خطاء ففي الصور الاربع اخذ بموجبهما ان تخللهما اي تخلل بينهما برء
لان البرء بينهما قاطع للسراية فلا يمكن الجمع بينهما فيعطى لكل فعل حكمه ففي العمدين
يجب القطع والقتل معا وفي الخطاين يجب الدية ونصف الدية معا وفي
الخطاء والعمد يجب الدية للخطاء والقود للعمد والا اي وان لم يتخلل بينهما برء كان
اختلفا عمدا وخطاء بان قطع عمدا ثم قتله خطاء قبل البرء او بالعكس اخذ بهما
اي بموجبهما لاختلاف حكم الفعلين باختلافهما جنسا الا ان كان خطاين يكفي
دية بالاتفاق لامكان الجمع بينهما لاتحاد الجنس او انقطاع المانع من التداخل وهو
البرء فيكتفى بموجب احدهما وهو دية النفس وفي العمدين بان قطع عمدا ثم قتله
عمدا لم يؤخذ بهما عند ح اي الولي مخير بين ان ياخذ بهما وبين ان يقتله بان
يقول اقطعوه ثم اقتلوه او يقول اقتلوه وما ذكر في الهداية من ان الخيار الى
الامام سهو وعندهما يقتل فقط فصار الجملة ثمانية صور توضيحها ان كلا من
القطع والقتل اما ان يكونا خطاين او يكون القطع خطاء والقتل عمدا او بالعكس
فصارت اربعة ثم ان كل واحد منهما اما ان يكون قبل البرء او بعده فصارت
ثمانية وكل ذلك اما ان يتحقق من شخص واحد او شخصين فصارت ستة عشر

فان كانا من شخصين يفعل كل واحد منهما موجب فعله من القصاص واخذ الارش
مطلقا لان التداخل غير ممكن لعدم اتحاد المحل وان كانا من شخص واحد وهو
المذكور في الكتاب فايجاب موجب كل من القطع والقتل او اهدار احدهما مبني
على اصل وهو ان الجمع بين الجراحات يعني الاكتفاء بموجب احدهما واجب ما امكن
تتميما للاول لان القتل في غالب الاوقات يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار
كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثاني متمما للاول ويجعل الكل جراحة واحدة
الا ان لا يمكن الجمع اما لاختلاف الفعلين بان يكون احدهما خطاء والقتل عمدا
يجب في القطع دية اليد اعني نصف دية النفس وفي القتل القصاص ولو كان
بالعكس يجب في القطع القصاص قطع اليد وفي القتل دية النفس واما لتخلل
البرء فان البرء قاطع للسراية فيعطى كل واحد حكم نفسه ايضا سواء اتحد
الفعلان جنسا بان كانا خطائين او عمدين او اختلفا جنسا بان كان
احدهما خطاء والاخر عمدا ففي الصور الثمانية يعطى كل واحد حكم نفسه
لعدم امكان الجمع ولو لم يتخلل البرء وقد اتحدا جنسا بان كانا خطائين يجمع بالاجماع
لامكان الجمع لعدم اختلاف الجنس وعدم تخلل البرء ولو لم يتخلل البرء واتحدا جنسا
بان كانا عمدين فالولي مخير عند الح فان شاء يقول اقطعوه ثم اقتلوه
وان شاء يقول اقتلوه وعندهما لا خيار للولي بل له ان يقتل لا ان يقطع يده
لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما ولا يعطى كل واحد
حكم نفسه بل يكتفى بالقتل بدون القطع وللح ان الجمع متعذر لان جز
الرقبة يمنع سراية القطع كالبرء فيعطى كل واحد حكم نفسه فيقطع بالقطع
ويقتل بالقتل ولان قضية القصاص وهي المماثلة صورة ومعنى فيما ذكرناه
وفي الاكتفاء بالقتل لم توجد المماثلة الا معنى فلا يصار اليه مع القدرة
على المماثلة صورة ومعنى فيخير الولي بخلاف ما اذا كانا خطائين لان الموجب
فيه الدية وهي بدل المحل والمقتول واحد فيجب بدل واحد الا ترى ان عشرة
لو قتلوا واحدا خطاء يجب عليهم دية واحدة لاتحاد المحل وان تعدد الفعل
ولو قتلوه عمدا قتلوا به جميعا لان القصاص وهو موجب العمد جزاء الفعل

والفعل متعدد وان اتحد المحل ولو ضربه مائة سوط لتسعون في مكان وعشرة
في مكان فبرأ من لتسعين سوطا ومات من عشرة وجبت دية فقط اي
دية واحدة وهي دية النفس كما اذا كانا خطائين ولم يتخلل بينهما برء كما ذكرو هذا
لان الضربات التي برأ منها ولم يبق لها اثر سقط ارشها لزوال الشين فلم يبق
معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق التعزير وهذا عند الح وعند
ابي يوسف فيها حكومة عدل وعند محمد يجب فيها اجرة الطبيب وثمن الادوية
كذا في الزيلعي وان جرحته الضربات وبقي الاثر ولم يمت يجب حكومة عدل
بالاتفاق دون الارش لان حكومة عدل انما تكون لبقاء اثر الجرح وهو موجود
هنا والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس بان لم يبرأ وهذا ليس بموجود
لحصول البرء فلا يجب الارش ولو ضربه مائة سوط ولم يجرح بابتداء لا يجب
شيء من الارش او من حكومة عدل او من اجرة الطبيب وثمن الادوية
بالاتفاق كذا في العناية وينبغي ان يجب التعزير واختلفوا في تفسير حكومة
عدل قال بعضهم ينظر الى المجني عليه انه لو كان مملوكا كم ينتقص من قيمته بهذه
الجناية ان كانت تنقص عشر قيمته ففي الحر يجب عشر دية وعلى هذا الاعتبار في
النصف والثلث ونحو ذلك وقال بعضهم ينظر الى ما يحتاج اليه في هذا من
النفقة واجرة الطبيب فهو حكومة عدل وقال بعضهم ينظر الى ادنى جراحة لها
ارش مقدر وهي الموضحة فان كانت هذه الجراحة نصف الموضحة يجب فيها نصف
ارش الموضحة قال رحمه الله والفتوى على الاول كذا في قاضيخان ومن قطعت
يده عمدا فعفى المقطوعة يده القاطع عن القطع وهو موجب العمد فمات
منه اي من القطع فعلى قاطعه الدية في ماله عند الح وعندهما هو اي العفو
عن القطع عفو عن النفس ايضا فلا شيء على القاتل لهما ان العفو عن القطع عفو
بموجبه لان الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفوا
عن موجبه وموجبه القطع اذا اقتصر او القتل ان سرى فكان العفو عنه
عفوا عنها ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عنه عفوا
عن نوعيه فصار كما اذا عفى عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة

فكذا هذا ولابي حنيفة ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق
والمانع منتف لان العفو لم يتناوله بصريحه لانه عفو عن القطع وهو غير القتل
لان القطع ابانة العضو والقتل ازهاق الروح وبالسراية تبين ان الواقع قتل
لا قطع فكان حقه في القتل فما هو حقه لم يعف عنه وما عفى عنه فليس بحقه
فلا يكون معتبرا الا ترى ان الولي لو قال بعد السراية عفوتك عن اليد لم يكن
عفوا لانه في غير حقه ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع
لم يكن عفوا فكذا اذا عفى عن اليد ثم سرى فاذا لم يكن العفو معتبرا وجب
الضمان وهو الدية وفي القياس القصاص لان القطع عمد وموجبه هو القصاص
الا انا تركناه لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقصاص فيجب
الدية استحسانا ولا نسلم ان الساري نوع من القطع بل الساري قتل ابتداء
لان القتل ازهاق الروح ولما انزهق الروح بالسراية عرف انه قتل ولا نسلم ايضا
ان القتل موجب القطع اذا سرى لانه اذا سرى ومات تبين ان هذا القطع
لم يكن له موجب اصلا وانما الثابت هو موجب القتل وهو الدية فكان العفو
المضاف الى القطع مضافا الى غير محله فلا يصح واذا لم يصح العفو عن
القطع لا يكون عفوا عن القتل فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية
لانها اسم جنس فيتناول السارية والمقتصرة وان عفى عن القطع وما يحدث
منه اي عفى عنهما معا او عن الجناية فهو اي كل من هذين العفوين عفو عن
النفس اجماعا لان قوله وما يحدث منه تصريح بالعفو عن السراية فكان
العفو عفوا عن القتل صريحا والجناية اسم جنس تتناول القطع والقتل جميعا
والعمد من كل المال والخطاء من ثلثه يعني اذا كانت الجناية عمدا وقد عفى
عنها فيكون العفو معتبرا من كل المال لان موجب العمد القود وهو ليس
بمال فلم يتعلق به حق الورثة فيصح العفو عنه على الكمال واذا كانت خطاء
وقد عفى عنها فهو عفو عن الدية فيعتبر من الثلث لان الدية مال فيتعلق بها
حق الورثة والعفو وصية للعاقلة فيعتبر من الثلث سواء كان القاتل
واحدا من العاقلة او لا وهذا على الصحيح لانه اوصى لمن يجوز له الوصية وهو

غير القاتل من العواقل ولمن لا يجوز وهو القاتل منهم فيكون الكل لمن تجوز له
الوصية كمن اوصى لميت وحي فان الوصية كلها تكون للحي وقيل اذا كان
القاتل واحدا من العاقلة لا تصح الوصية في قدر حصته لان الوصية
للقاتل لا تصح والشج كالقطع يعني لو كانت الجناية شجة بدل القطع فهي على
الخلاف المذكور في القطع فعند ابي حنيفة اذا عفى المشجوج عن الشجة ثم مات
من ذلك فعلى الشاج الدية في ماله وقالا اذا عفى عنها فهو عفو عن النفس
ايضا فلا شيء على الشاج كما ذكر في القطع قطعت امرأة يد رجل فتزوجها
على يده ثم مات الرجل فعليه مهر مثلها وعليها اي على المرأة الدية في
مالها ان تعمدت المرأة وعلى عاقلتها ان اخطأت توضيحها اذا قطعت
المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاما ان تقتصر او تسري فان اقتصر صحت
التسمية ويصير الارش وهو خمسة الاف درهم مهرا لها بالاجماع سواء
كان القطع عمدا او خطاء وتزوجها على القطع فقط او عليه وما يحدث منه
لانه لما برأ تبين ان موجبها الارش دون القصاص لانه لا يجري في الاطراف
بين الرجل والمرأة والارش يصلح صداقا وان سرى وهو المذكور في الكتاب
على ما اشار اليه بقوله ثم مات فاما ان يكون القطع خطاء او عمدا فان كان
خطاء فلها مهر مثلها والدية على عاقلتها وان كان عمدا فلها مهر مثلها ايضا
والدية في مالها لان العاقلة لا تعقل العمد هذا عند ابي حنيفة بناء على ما تقدم
ان العفو عن قطع اليد لم يكن عفوا عما يحدث عنه عنده فكذا التزوج على
اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث عنه عنده وعندهما يصلح عفوا عما يحدث
عنه اي عن النفس فاذا لم يكن تزوجا على ما يحدث عنه يكون مالها من المهر
غير ما عليها مما يحدث عنه فوجب كل منهما ثم ان القطع اذا كان عمدا كان
التزوج تزوجا على القصاص في الطرف والقصاص ليس بمال فلا يصلح
مهرا سيما على تقدير سقوط القصاص فانه اذا لم يصلح مهرا على تقدير ثبوته
لا يصلح على تقدير سقوط متعلق بالمقتول فلما قتلت سقط واما باعتبار
تعذر الاستيفاء فانه لما جعل القصاص مهرا لها جعل لها ولاية الاستيفاء

ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسها فاذا لم يصلح القصاص مهرا يجب مهر المثل
لعدم جواز خلو العقد عن المهر كما اذا تزوجها على خمر او خنزير فان قيل
الواجب الاصلي في الاطراف بين الرجل والمراة هو الارش خمسمائة دينار
لا القصاص فكيف يصار الى مهر المثل بسبب عدم صلاحية القصاص
للمهر مع بقاء الارش قلنا لا نسلم ان الواجب الاصلي بين طرفي الرجل والمراة
هو الارش بل القصاص لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص وانما سقط
لتعذر حفظ المماثلة بينهما على ما تقدم ولو سلم ان الموجب الاصلي هو الارش
ولكنه ليس بمعلوم لجواز ان يكون خمسة الاف درهم فيكون مجهولا فلا
فلا يصلح مهرا فيصار بالضرورة الى مهر المثل والحاصل ان القصاص
وبدله لما لم يصلح مهرا وجب لها مهر المثل لعدم خلو العقد عنه فان قيل
قبوله التزوج على اليد يتضمن العفو والمعفو لا يضمن فمن اين يجب
عليها الدية قلنا التزوج انما يتضمن العفو عن القصاص في الطرف
ثم اذا سرى تبين انه قتل لا قطع والعفو لم يتناول القتل فيجب الدية في
مالها للعمد ثم اذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة بينهما اذا
كانا على السواء فان كان في الدية فضل يرده على الورثة وان كان
في المهر فضل ترده الورثة عليها واذا كان القطع خطاء كان التزوج
على ارش اليد فاذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى
معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في يده ولا شيء في يده
ولا تقاص في الدية ههنا لان الدية فيه على العاقلة والمهر لها فاختلفت
ذمة من له وذمة من عليه وشرط التقاص اتحاد الذمتين وان
تزوجها على اليد وما يحدث منها اي السراية او على الجناية ثم مات فعليه
مهر المثل في العمد لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا لعدم
كونه مالا فيجب مهر المثل كما تقدم ولا شيء عليها من الدية والقصاص
اصلا لانه لما جعل القصاص مهرا وقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط
اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا بان قال اسقطت

عنك

عنك القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يصير مالا ويرفع عن العاقلة
مقداره اي مقدار مهر المثل في الخطاء والباقي من مقدار مهر المثل
وصية لهم اي للعاقلة وضمير الجمع باعتبار المعنى فان خرج من الثلث
يسقط عن العاقلة والا فقدر ما يخرج منه توضيحها اذا تزوج على القطع
وما يحدث منه او على الجناية ثم مات من ذلك فلا يخلو ان يكون القطع
عمدا او خطاء فان كان عمدا فلها مثلها ويكون الباقي من مهر مثلها وصية
للعواقل لان التزوج على القطع وما يحدث منه او على الجناية تزوج على
موجب الجناية وموجبها هنا الدية وهي تصلح مهرا لانها مال فصحت التسمية
الا ان مقدار مهر مثلها يعتبر من جميع مال الميت لانه ليس في مقدار مهر
المثل محاباة والمريض لا يحجر عليه من التزوج لانه من الحوائج الاصلية
فينفذ قدر مهر مثلها من جميع المال وما زاد على ذلك الى تمام الدية يعتبر
من الثلث لانه وصية لكونه تبرعا والدية هنا تجب على عاقلتها وقد صارت
مهرا فان تساوت مهر مثلها لا مال له سوى مهر المثل تسقط الدية كلها
عن العاقلة ولا ترجع المراة عليهم بشيء من مهر مثلها لانهم كانوا يتحملون
عنها بسبب جنايتها فكيف يغرمون لها وان كان مهر مثلها اكثر من الدية
لم تجب الزيادة لانها رضيت باقل من مهر مثلها وان كان مهر مثلها اقل من
الدية سقط عنهم قدر مهر مثلها لما ذكرناه من انهم كانوا يغرمون عنها
بسبب جنايتها فلا يغرمون لها شيئا وما زاد على مقدار مهر المثل الى تمام
الدية ينظر فان كان يخرج من الثلث يسقط عنهم ايضا لانه وصية لهم
وتصح هذه الوصية لانهم اجانب وان كان لا يخرج من الثلث سقط عنهم
قدر الثلث وادوا الفضل الى الاولياء لان الوصية لا نفاذ لها الا من
الثلث قال في الكفاية هذا الجواب صحيح على قول من لم يجعل المراة القاتلة
واحدهم العاقلة واما على قول من يجعلها واحدة من العاقلة فقال
بعضهم انه لا يصح لانه لا بد وان تبطل الوصية في قدر حصتها اذ لا وصية
للقاتل فلا تصح في نصيبها فلا يسقط قدر نصيبها وقال بعضهم انه يصح

مطلقا فيسقط كله لانه اوصى لمن يجوز له الوصية ولمن لا يجوز له الوصية فيكون
الكل لمن يجوز له الوصية فيسقط الكل كمن اوصى لحي وميت فان الوصية
كلها يكون للحي وهو الاصح على ما في الزيلعي وفي الكفاية انه الصحيح وكذا
الحكم عندهما في الصورة الاولى يعني في صورة التزوج على اليد اذا كان
القطع خطاء فانهما قالا اذا تزوجها على اليد ثم مات فعليه مهر مثلها ويرفع
عن العاقلة مقدار مهر مثلها من الدية في الخطاء لان التزوج على اليد تزوج
على ما يحدث منه عندهما كما ان العفو عن اليد عفو عندهما عما يحدث
ومن قتل على صيغة المجهول له ولي عمدا فقطع على صيغة المعلوم اي قطع من
له القصاص عمدا او خطاء وهو من قتل له ولي يد قاتله ثم عفى من له
القصاص عن القتل اي عن موجب القتل وهو القصاص فعليه اي على
قاطع اليد دية اليد عند الح وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه
فلا يضمن لانه استحق اتلاف نفسه بجميع اجزائه اذ الاجزاء تبع للنفس فاذا
استحق اتلاف الاصل استحق بجميع توابعه فاذا عفى بطل حقه بالعفو
فيما بقي لانه استوفى ولهذا لو لم يعف لا يجب عليه ضمان اليد وكذا اذا
عفى ثم سرى لا يضمن شيئا والقطع الساري الحش من المقتصر او قطع و
ما سرى وما عفى ثم حز رقبته قبل البرء او بعده فصار كمن له قصاص
في اليد فقطع اصابعه ثم عفى عن اليد لا يضمن ارش الاصابع والاصابع
من الكف كالاطراف من النفس وللاح انه استوفى غير حقه فيضمن
وهذا لان حقه في القتل لا في القطع وكان القياس ان يجب القصاص
الا انه سقط للشبهة اذ كان له ان يتلف الطرف تبعا للنفس واذا سقط
القصاص وجبت الدية وانما لا يضمن في الحال بل يضمن بعد العفو محتاجا
لاحتمال ان يصير قتلا بالسراية فيظهر انه استوفى حقه وحقه في
الطرف ضرورة ثبوت حق القتل في النفس وهذه الضرورة عند الاستيفاء
لا قبله فاذا وجد الاستيفاء يظهر حقه في الاطراف تبعا واذا لم يستوف
لم يظهر حقه في الطرف لا اصالة ولا تبعا فتبين انه استوفى غير حقه

واما اذا لم يعف فانما لم يضمن لمانع وهو قيام الحق في النفس لاستحالة ان يملك
قتله ويكون اطراف مضمونة عليه فاذا زال بالعفو ظهر حكم السبب فاذا سرى
فهو استيفاء فتبين ان العفو كان بعد الاستيفاء ولو قطع وما عفى وبرء
فهو على الخلاف في الصحيح فلا يكون مستشهدا به ولو قطع ثم حز رقبته فهو
استيفاء لان القطع انعقد على وجه يحتمل السراية فكان حز الرقبة تتميما
لما انعقد له القطع فلا يضمن حتى لو حز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف
على انا لا نسلم ظهور حقه عند الاستيفاء في التوابع وانما دخلت في النفس
لعدم امكان التحرز عن اتلافها والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف
والكف تابع لها غرضا لان منفعة البطش تقوم بالاصابع بخلاف
الطرف لانه تابع للنفس من كل وجه ومن قطعت يده فمات ذلك
المقطوع يده بعد ما اقتص له من القاطع قتل قاطعه قصاصا لانه
بالموت بالسراية تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له في القصاص
في النفس واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القتل لان من له
القصاص في النفس اذا قطع طرف من عليه القصاص ثم قتله لا يجب
عليه شيء سوى الاساءة وبقي حقه في القصاص في النفس وعن
الح وابي يوسف انه سقط حقه في القصاص لان اقدامه على القطع
دليل على انه ابراءه عن غيره قلنا انما اقدم عليه على ظن ان حقه لا حق
له غيره وبعد السراية تبين ان حقه في القود فلم يكن مبرئا عنه ومن
قطعت يده فاقتص من قاطعها فسرى الى نفسه اي نفس المقتص منه
وهو المقطوع يده قصاصا فعليه اي على قاتله المقتص له وهو المقطوع يده
او لا دية النفس عند الح خلافا لهما وكذا الشافعي قالوا لا شيء عليه لانه
استوفى حقه وهو القطع فيسقط حكم السراية اذ الاحتراز عن
السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة كيلا ينسد باب
القصاص فصار كالامام اذا قطع يد السارق فسرى الى النفس ومات
وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان وكما لو قال لغيره اقطع يدي فقطعها

ومات وهذا لان السراية تبع لابتداء الجناية فلا يتصور ان يكون ابتداء الفعل
غير مضمون وسرايته مضمونة ولا يجب ان يحقه في القطع والموجود
قتل حتى لو قطع ظلما كان قتلا فلم يصر مستوفيا حقه فيضمن وكان
القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فوجبت الدية بخلاف ما
ذكر من المسائل لان اقامة الحد واجب على الامام وكذا الفعل واجب
على غيره من البزاغ والفصاد والحجام والختان بالعقد واقامة الواجب
لا تتقيد بشرط السلامة وفي مسئلتنا الولي مخير بل العفو مندوب اليه
فيكون من باب الاطلاق كالمرور على الطريق وكضرب الزوجة فيتقيد
بشرط السلامة

باب الشهادة في القتل واعتبار حالته

اي حالة القتل وهو عطف على الشهادة يعني هذا الباب مشتمل على نوعين
من المسائل الاول مسائل الشهادة في القتل والثاني مسائل اعتبار
حالة القتل القود يثبت للوارث ابتداء لا بطريق الارث اي عند الامام
اعلم ان ههنا طريقين احدهما طريق الخلافة وهو ان يثبت الملك للوارث
ابتداء لسبب انعقد في حق المورث كما اذا اتهب العبد فان الملك يثبت
للمولى ابتداء بطريق الخلافة عن العبد فان العبد ليس له اهلية الملك والثاني
طريق الوراثة وهو ان يثبت الملك للمورث ابتداء ثم للوارث بالنقل منه اليه
فذهب ابو يوسف ومحمد الى الثاني قولا بان القصاص موروث عن الميت
حتى يجري فيه سهام الورثة ويصح عفوه قبل الموت ويقضي ديونه اذا
انقلب مالا وينفذ وصاياه منه كما في الدية وذهب ابو حنيفة الى
الاول قولا بان القصاص فيه غير موروث لانه ثبت بعد الموت للتشفي
ودرك الثأر والميت ليس من اهله وانما يثبت للورثة بطريق الخلافة بسبب
انعقد للميت اي يقومون مقامه فيستحقونه ابتداء من غير ان يثبت
للميت لان القصاص ملك الفعل في المحل بعد موت المجروح ولا يتصور
الفعل من الميت ولهذا صح عفو الورثة قبل موت المجروح وانما صح عفو المجروح
لان السبب انعقد له وقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا

نص

نص على ان القصاص يثبت للوارث ابتداء بخلاف الدين والدية لان الميت اهل
لملك المال ولهذا لو نصب شبكة فتعلق به صيد بعد موته يملكه واصل هذا
الاختلاف راجع الى ان استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق الميت
عندهما فاذا كان القصاص مستحقا للورثة ابتداء عند الامام فلا يكون
احدهم اي احد الورثة خصما عن البقية اي بقية الورثة فيه اي في اثبات
القود بل لا بد للباقي بعد ان حضر اعادة البينة ليتمكن من الاستيفاء
والا فلا يتمكن منه لا الحاضر ولا الغائب بعد حضوره حتى يقيما معا على ما
سنبينه وهل يكفي في اثبات القود حضور الوكيل ام لا بد من حضور
الغائب بنفسه قالوا يكفي حضور الوكيل قال في قاضيخان الوكالة في
اثبات الدم من جانب المدعي والمدعى عليه مقبولة في قول الامام وقال
ابو يوسف آخرا لا يقبل وقول محمد مضطرب وان وكل باستيفاء القصاص
في النفس او فيما دون النفس لم يكن للوكيل ان يستوفي الا بمحضر من الموكل
عندنا وقال الشافعي له ان يستوفي بخلاف المال فان احد الورثة خصم
عن البقية فيه فان الورثة يملكه بطريق الوراثة لا بطريق الخلافة وكل ما يملكه
الورثة بطريق الوراثة فاحدهم يكون خصما عن الباقين حتى اذا ادعى احد
الورثة شيئا من التركة عينا او دينا على احد واقام بينة يثبت حق الجميع
فيه فلا يحتاج الباقون بعد حضورهم الى تجديد الدعوى واقامة
البينة وكذا اذا ادعى واحد على احد الورثة شيئا من التركة واقام البينة
عليه يثبت على الجميع حتى لا يحتاج الى ان يدعي على كل واحد منهم واقامة البينة
عليهم وكذا الحال في القتل الخطاء على ما سيأتي واذا لم يكن احد الورثة خصما
عن البقية في اثبات القصاص فلو اقام احد ابنين حجة بقتل ابيهما عمدا والآخر
غائب لزم اعادتها بعد عود الغائب عند الامام خلافا لهما يعني اذا قتل رجل
رجلا عمدا وللمقتول ابنان احدهما حاضر والآخر غائب فاقام الحاضر البينة على
قتل ابيه لا يستعجل بقتل القاتل قصاصا بل يحبسه لانه صار متهما به فان حضر
الغائب بعد ذلك لا يكون للغائب الذي حضر ان يستوفي القصاص ما لم يعد

البينة على القاتل عند القاضي بل لا بد لها من اعادة البينة ليستوفي القصاص
عندهما لان عندهما القصاص ثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة فلم يكن
احدهم خصما عن البقية في اثبات حق الآخر من القصاص وقالا لا حاجة
للغائب بعد حضوره الى اعادة البينة بناء على الاصل المذكور من ان
ثبوت القصاص عندهما لما كان بطريق الوراثة كان احد الورثة خصما عن
البقية فيما يدعي للميت وفيما يدعي على الميت كما في دعوى المال والخطاء والمال
والجواب عنه ان الميت اهل لملك المال دينا او دية بخلاف القصاص
فان الميت ليس باهل له على ما بيناه من قبل فلا يقاس احدهما على الآخر
او في الخطاء اي القتل الخطاء والدين اي للميت او على الميت لا تلزم اعادة
البينة بعد حضور الغائب بالاتفاق لما ذكرناه من ان ثبوت المال
للورثة بطريق الوراثة وكل ما كان كذلك يكون احدهم خصما عن الباقين
وكل من الخطاء والدين مال ولو برهن القاتل على عفو الغائب فالحاضر خصم
له ويسقط من القاتل القود لانه ادعى على الحاضر حقا وهو سقوط حقه
في القصاص وانقلاب نصيبه مالا ولا يتمكن من اثباته الا باثبات العفو
من الغائب فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في اثبات حقه عليه
بالبينة فاذا قضى عليه صار الغائب مقضيا عليه ايضا تبعا للحاضر ثم
اذا حضر الغائب فان اقر بالعفو فبها وان انكر فهل يكلف القاتل اعادة البينة
ام لا يكلف ففيه تفصيل مذكور في قاضيخان حيث قال فيه في باب
الوكالة بالدم رجل قتل عمدا فاقام اخ المقتول بينة انه وارثه ولا وارث
له غيره واقام القاتل بينة ان له ابنا فان القاضي لا يقضي ببينة الاخ
ويتانى في ذلك وان اقام القاتل بينة ان له ابنا وانه قد صالحه على
الدية وقبضها منه او اقام بينة ان الابن قد عفى عنه قبلت بينة القاتل
لانه اثبت ببينة انه لا حق للمدعي في استيفاء القود فان جاء الابن
بعد ذلك وانكر العفو او الصلح كلف القاتل ان يعيد البينة على الابن
ولا يقضي على الابن بالبينة التي اقامها القاتل على الاخ لان الاخ لا يكون

خصما

خصما عن الابن ولو كان للمقتول اخوان فاقام القاتل البينة على احدهما ان الاخ
الغائب صالحه على خمسة آلاف درهم او عفى عنه جاز ذلك فان حضر الغائب
وانكر الصلح او العفو لا يكلف القاتل اعادة البينة بخلاف الاول لان في
الاول الاخ لا يكون وارثا مع الابن بل يكون اجنبيا اما الاخوان فكل واحد
منهما يستحق القصاص على القاتل فهذه بينة قامت على الخصم فلا يكلف اعادة
البينة واذا لم يكلف القاتل اعادة البينة ههنا يكون للحاضر نصف الدية ولا شيء
للغائب انتهى ولو ادعى القاتل عفو الغائب ولم يكن له بينة واراد استحلاف
الحاضر فهل يكلف ام لا قالوا لا يكلف الحاضر لانه يدعي العفو على الغائب
والحاضر ليس بخصم في حق النفس بل يؤخر حتى يقدم الغائب فاذا قدم
يكلف فاذا حلف اقتص القاتل وان نكل سقط القود كذا في شرح الوقاية
نقلا عن شرح الكافي وكذا لو قتل عبد لرجلين واحدهما غائب يعني لو كان
عبد بين رجلين فقتل عمدا واحد المولين غائب فالحكم مثل ما ذكر في المسئلة
المتقدمة في الوليين حتى لا يقبل بينة الحاضر في اثبات القصاص
من غير اعادة بعد عود الغائب ولو اقام القاتل البينة على عفو الغائب فالحاضر
خصم ويسقط القصاص ولو شهد وليا قصاص بعفو اخيهما لغت شهادتهما
يعني اذا قتل رجل عمدا وكان له ثلاثة اولياء فشهد اثنان منهم على الثالث انه
عفى فشهادتهما باطلة لانهما يجران الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود الى
المال وهو عفو منهما لانهما زعما ان القصاص قد سقط وزعمهما معتبر في
حقهما لا في حق الغير ثم هذه المسئلة على اربعة اوجه فاشار الى الاول
بقوله فان صدقهما اي الشاهدين القاتل فقط اي كذبهما شريكهما وهو
اخوهما الذي شهدا عليه بالعفو فالدية بينهم اثلاثا لان القاتل بتصديقه
اياهما اقر لهما بثلثي الدية فيلزمه لكنهم يدعون ان نصيب الولي المشهود عليه
قد سقط بعفوه وهو ينكر فلا يقبل قولهم عليه بدون البينة فينقلب نصيبه
ايضا مالا فوجب عليه كل الدية بين الاولياء الثلاث والى الثاني بقوله
وان كذباهما اي كذب القاتل والشريك المشهود عليه الشاهدين فلا شيء لهما

اى للشاهدين لانهما باجبارهما اسقطا حقهما في القصاص فانقلب مالا فلا يصدق
دعويهما لانفسهما مالا الا ببينة كتكذيب القاتل والشريك ولاخيهما اى للمشهود عليه
ثلث الدية لان حق الشاهدين لما سقط في القصاص سقط حق شريكهما فيه
ايضا لعدم تجزي القصاص وانتقل الى المال وسقط حقهما في المال ايضا
لما ذكرناه فبقي حصة الشريك وهي ثلث الدية لعدم المسقط والى الثالث بقوله
وان صدقهما اى الشاهدين اخوهما اى المشهود عليه فقط اى دون القاتل
غرم القاتل له اى للشريك المشهود عليه ثلث الدية وهو نصيب الشريك
ثم ياخذانه منه اى ياخذ الشاهدان ذلك الثلث من الشريك لان زعم الشريك
انه بعين تصديقه الشاهدين فلا شيء له على القاتل ولهما على القاتل ثلث الدية
وما في يده وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما
والقياس ان لا يلزمه شيء لانهما ادعيا المال على القاتل والقاتل ينكر
فلم يثبت وما اقر القاتل للشريك قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان
القاتل بتكذيبه الشاهدين قد اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص
سقط باجبارهما بالعفو كما نبدا بالعفو منهما والمقر له ما كذب القاتل حقيقة
بل اضاف الوجوب الى غيره وفي مثله لا يرتد الاقرار كمن قال لفلان
على مائة فقال المقر له ليس لي ولكنها لفلان فان المال للمقر له الثاني كذا هنا
ولم يذكر المص الوجه الرابع من وجوه المسئلة وهو ان يصدق الشاهدين
القاتل والشريك معا فحكمه ان لا شيء للشريك لانه بتصديقه ابطل نفسه
وللشاهدين ثلثا الدية لان نصيبهما صار مالا كذا في الدرر وان اختلف
شاهدا القتل في زمانه اى زمان القتل بان شهد احدهما انه قتله قبل
الظهر وشهد الاخر انه قتله بعد الظهر او مكانه بان شهد احدهما انه قتله
في مكان كذا والاخر انه قتله في مكان اخر والته بان شهد احدهما انه
قتله بالسيف والاخر انه قتله برمح او قال احدهما ضربه بعصا وقال الاخر
لا ادري بماذا قتله بطلت الشهادة في الكل لان القتل ما لم يتكرر فالقتل الواقع
في زمان غير القتل في زمان اخر وكذا القتل في زمان ومكان او بالة غير القتل

في مكان اخر وبالة اخرى فكان على كل قتل شهادة فرد فلم تقبل ولان اتفاق
الشاهدين شرط القبول ولم يوجد ولو شهد شاهدان انه قتله في زمان
او مكان او بالة كذا وشهد اخران انه قتله في زمان او مكان اخر او بالة
اخرى لم تقبل ايضا وان قام على كل من القتل نصاب شهادة لان القاضي
تيقن كذب احد الطرفين لاستحالة اجتماعهما لعدم التكرر كما ذكرناه ولا
ترجيح لاحدهما على الاخر لعدم الاولوية بالقبول فبطلتا بخلاف ما اذا كمل
احد الطرفين دون الاخر حيث يقبل الكامل منهما لعدم المساواة كذا في
الزيلعي ولو قال احدهما انه ضربه بالة كذا وقال الاخر لا ادري باي الة
قتله بطلت ايضا لان احدهما مطلق والاخر مقيد والمطلق غير المقيد
فاختلفا فلم تقبل ولان حكم المقيد يغاير حكم المطلق فان من قال قتله
بعصا موجبه الدية على العاقلة ومن قال لا اعلم موجبه الدية على القاتل
فاختلف المشهود به فلم تقبل وكذا لو شهد احدهما بالقتل معاينة سواء كان
القتل عمدا او خطاء والاخر على اقرار القاتل بذلك لم تقبل لاختلاف المشهود به
فان احدهما فعل والاخر قول كما لو شهد احدهما بالغصب والاخر على اقرار
الغاصب بالغصب وكذا لو شهد احدهما انه قتله عمدا والاخر انه قتله خطاء
لم تقبل لاختلاف المشهود به ولو شهد رجل وامرأتان بقتل العمد لم تقبل وكذا
الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي بخلاف قتل الخطاء لان موجب
قتل الخطاء المال وهو الدية لا القصاص فتقبل فيه شهادة النساء مع الرجال
والشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي وكذا لا تقبل شهادة بعض
اهل المحلة على بعض في القتل لما فيها من دفع المغرم عن انفسهم كما سياتي
في القسامة وان شهدا بالقتل وجهلا الالة لزمت الدية يعني لو شهدا
انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله وجب فيه الدية في ماله استحسانا
والقياس ان لا تجوز هذه الشهادة اصلا لانهما شهدا بقتل مجهول لان الالة
اذا جهلت فقد جهل القتل لان القتل يختلف حكمه باختلاف الالة فيكون هذا
غفلة من الشهود وجه الاستحسان انهما شهدا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل

لامكان العمل به فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولا يحمل قولهما لا ندري على الغفلة بل يحمل
على انهما سعيا للدرء المندوب اليه في العقوبات احسانا للظن بهما ومثل
ذلك شايع في الشرع وان كان كذبا لان الشرع اطلق الكذب في اصلاح
ذات البين وانما وجبت الدية في ماله دون العاقلة لان المطلق يحمل على الكامل
فلا يثبت الخطاء بالشك اذا ادعى على رجل انه قتل اباه عمدا واقام شاهدين
فشهدا انه ضرب فلانا بالسيف فلم يزل صاحب فراش حتى مات قبلت هذه
الشهادة ويقضى بالقصاص وان لم يذكرا العمد وكذا لو شهدا انه طعنه برمح
او رماه بسهم ولو اقر كل من الرجلين بقتل زيد وقال وليه قتلتماه جميعا فله
اي للولي قتلهما قصاصا لان كلا منهما اقر بانفراده بكل القتل وبالقصاص
عليه والمقر له صدقه في وجوب القتل عليه ايضا لكنه كذبه في انفراده
بالقتل وتكذيب المقر له في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي لان
ذلك يوجب تفسيقه وفسق المقر لا يمنع صحة اقراره كما لو اقر رجل بالف درهم
فصدقه المقر له في النصف وكذبه في النصف فان الاقرار صحيح في النصف
المقر به بخلاف ما لو قال صدقتما بدل قتلتماه فانه ليس له ان يقتل واحدا منهما
لان تصديقه كل واحد منهما تكذيب للاخر لان كل واحد منهما يدعي الانفراد
بالقتل فتصديقه يوجب قصارا كانه قال لكل واحد منهما قتلته وحدك
ولم يشاركه فيه احد كما تقول انت فيكون مقرا بان الاخر لم يقتله فيسقط
القصاص باقراره ولو شهدا بقتل زيد عمرا واخران بقتل بكر اياه اي عمرا وادعى
وليه اي ولي عمرو قتلهما اي قتل زيد وبكر عمرا والاضافة الى الفاعل لغتا اي
الشهادتان لان تكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل
شهادته لان تكذيب الشاهد تفسيق له وتفسيق الشاهد يوجب رد شهادته
كما تقدم في الشهادة بخلاف فسق المقر فانه لا يمنع صحة اقراره كما تقدم قال
في شهادات قاضيخان المدعي اذا كذب شهوده فيما شهد له في بعضه لا تقبل
شهادتهم اما لانه تفسيق للشاهد او لان الشهادة لا تقبل بدون الدعوى
وفيما كذب لم توجد الدعوى من المدعي واذا تكلم المدعي بكلام يحتمل ان يكون

تكذيبا

تكذيبا ان كان ذلك قبل القضاء لا يقضى له وان كان بعد القضاء لا يبطل قضاه
الا ان يكون تكذيبا للشاهد قطعا ثم ذكر فروعه فارجع اليه ولو شهدا على
رجل بقتله خطاء وحكم بالدية فجاء المشهود بقتله حيا ضمن العاقلة الولي لانه
قبض الدية بغير حق او الشهود لان المال تلف بشهادتهما ثم يرجع الشهود على
الولي بما ضمنوا والعمد كالخطاء الا في الرجوع عند الامام فانهم اذا شهدوا عليه
بقتل العمد فقتل المشهود عليه ثم جاء المشهود بقتله حيا يخير الورثة بين تضمين
الولي الدية وبين تضمينه الشهود فان ضمنوا الشهود لم يرجعوا على الولي في
عند الامام لانهم اوجبوا هنا للولي ما ليس بمال وهو القصاص فلا وجه لان
يرجعوا بمال اذ لا مماثلة بينهما وعندهما يرجعون على الولي كما في الخطاء ولو شهدا
على اقرار القاتل بالقتل عمدا او خطاء ثم جاء حيا لم يضمنا لعدم ظهور كذبهما
في شهادتهما وكذا لو شهدا على شهادة غيرهما في الخطاء وقضي بالدية على
العاقلة ثم جاء حيا لم يضمنا لعدم ظهور كذبهما لان المشهود به شهادة
الاصول على القتل لا نفسه وضمن الولي الدية في الصورتين للعاقلة اذ ظهر
انه اخذها منهم بغير حق ولما فرغ من مسائل الشهادة في القتل شرع في
مسائل اعتبار حالة القتل فقال والعبرة بحالة الرمي لا الوصول في تبدل
حال المرمي اليه عند الامام اي في حق الضمان والحل يعني ان المرمي اليه لو كانت
معصوم الدم حالة الرمي يضمنه الرامي باهلاكه والا فلا وهذا لان الضمان
انما يجب بالجناية والشخص انما يصير جانيا بفعل يدخل تحت اختياره وهو
الرمي لا وصول المرمي الى المرمي اليه اذا عرفت هذا فلو رمى الرامي مسلما فارتد
المرمي اليه بعد الرمي قبل وصول السهم اليه فوصل السهم اليه اي الى المرتد
فمات المرتد من ذلك الرمي يجب الدية على الرامي عند الامام خلافا لهما فالا
لا شيء على الرامي لان التلف حصل في محل غير معصوم واتلاف غير المعصوم
هدر وللامام ان المرمي اليه معصوم الدم وقت الرمي والعبرة به لما ذكرناه
فوجب الدية عليه لورثة المرتد لا القصاص لانه وقت الوصول لم يكن معصوم
الدم فصار ذلك شبهة في سقوط القصاص ولو رمى مرتدا فاسلم قبل الوصول

لا يجب شيء اتفاقا اما عند ح فظاهر واما عندهما فلان الرمي لم ينعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل وقت الرمي فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك وان رمى عبدا فاعتق العبد اي اعتقه مولاه بعد الرمي قبل وصول السهم اليه فوصل السهم اليه فمات منه فعليه اي فعلى الرامي قيمته حال كونه عبدا وعند محمد فضل ما بين قيمته مرميا وغير مرمي لان العتق قاطع للسراية الا ترى ان من قطع يد عبد ثم اعتقه مولاه ثم مات لا يجب عليه الا ارش اليد مع النقصان الذي نقصه العتق الى العتق ولا يجب بعد العتق شيء من الدية والقيمة فاذا انقطعت السراية بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة اليها قبل الرمي فيجب عليه ذلك حتى لو كانت قيمته قبل الرمي الف درهم وبعده ثمانمائة لزمه مائتان ولابي ح ان الرامي يصير قاتلا له من وقت الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته لما مر من اصله ان المعتبر حالة الرمي بخلاف قطع اليد فانه اتلاف لبعض المحل والاتلاف يوجب الضمان للمولى لانه ورد على محل مملوك له ثم اذا سرى بعد العتق لا يوجب شيئا لانه لو وجب شيئا للعبد لانقطاع حق المولى عنه وظهور حقه فيه فتصير نهاية الجناية مخالفة للبداية فصار ذلك كتبدل المحل وعند تبدل المحل لا يتحقق السراية فكذا هنا واما الرمي فقبل الاتصال بالمحل ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت الرغبات فلا يجب فيه الضمان قبل الاتصال بالمحل وعند الاتصال بالمحل يستند الوجوب الى وقت الانعقاد فلا يخالف النهاية البداية فيجب قيمته للمولى وابو يوسف مع ابي ح في هذه المسئلة والفرق له بين هذه المسئلة وبين ما تقدم من مسئلة الارتداد انه اعترض على الرمي ما يبطل عصمة المحل فيما تقدم فيجعل ذلك بمنزلة الابراء اما هنا اعترض على الرمي ما يؤكد عصمة المحل وهو الاعتاق فلا يبطل به الجناية وان رمى محرم صيدا فحل فوصل السهم الى الصيد بعد كونه حلالا وجب الجزاء لانه وقت الرمي كان محرما وان رماه حلال فاحرم اي دخل في الاحرام قبل الوصول

فوصل السهم الى الصيد فلا يلزمه الجزاء لانه وقت الرمي ليس بمحرم وان رمى من قضي عليه برجم يعني رجل قضى القاضي عليه برجم فرماه رجل بحجر فرجع شهوده قبل وصول الحجر اليه فوصل الحجر اليه لا يضمن الرامي شيئا لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم حالة الرمي ولو رمى مسلم صيدا فتمجس اي صار مجوسيا فوصل السهم الى الصيد بعد كونه مجوسيا حل اكل الصيد لانه حالة الرمي كان مسلما وفي العكس اي رمى مجوسي صيدا فاسلم فوصل السهم بعد اسلامه يحرم اكله اما عند ح فظاهر واما عندهما فلان الرمي انعقد محرما فلا ينقلب محللا

كتاب الديات

جمع دية مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه مال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال دية تسمية له بالمصدر وفاؤها محذوفة كما في عدة كذا في المغرب والارش للواجب فيما دون النفس واعلم ان الدية عند ح لا يكون الا من الذهب والفضة والابل من الذهب الف دينار ومن الفضة عشرة الاف درهم ومن الابل مائة وقالا لا يكون من هذه الثلثة ومن البقر والغنم والحلل كما سياتي ثم هي على نوعين مغلظة ومخففة فذكر الاول بقوله الدية المغلظة من الابل واعلم ان الدية المغلظة لا يكون الا من الابل دون غيرها على ما سيصرح به وهي مائة ابل ارباعا اي من حيث الارباع لا من حيث الاخماس كما في المخففة ثم بين الارباع بقوله بنات مخاض وهي التي طعنت في السنة الثانية وبنات لبون وهي التي تمت عليه الحولان وحقاق جمع حقة وهي التي تمت عليه ثلاث سنين وجذاع وهي التي تمت عليها اربع سنين ثم بين عدد كل نوع بقوله من كل من هذه الانواع الاربعة خمس وعشرون فصار الكل مائة هذا عند ح وابي يوسف وعند محمد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ثنية وهي التي تمت عليها خمس سنين كلها اي كل الثنية خلفات جمع خلفة وهي الحامل من النوق في بطونها اولادها صفة كاشفة لخلفات واستدل محمد بقوله عم الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد

اغلظ من دية الخطاء المحض بالاجماع وذلك فيما قلنا لانا نقول اثلاثا وانتم تقولون
ارباعا والاثلاث اغلظ من الارباع واستدل بقوله عم في نفس المؤمن
مائة من الابل وجه الاستدلال به ان الثابت منه عم هذا وليس فيه
دلالة على صفة من التغليظ ولابد منه بالاجماع وما روياه غير ثابت
لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ فان عمر وزيدا وغيرهما قالوا مثل ما قال
محمد وقال علي يجب اثلاثا ثلثة وثلثون حقة وثلثة وثلثون جذعة واربعة
وثلثون خلفة وقال ابن مسعود يجب ارباعا مثل ما قال ابوح وابو يوسف
والراي لا مدخل له في المقادير الشرعية فكان كالمرفوع وصار معارضا
لما رواه محمد واذا تعارضا كان الاخذ بالمتيقن وهو الادنى اولى ولا تغليظ
في غير الابل لان الشرع ورد به وعليه الاجماع والمقدرات لا تعرف الا
سماعا اذ لا مدخل للراي في المقدرات الشرعية فلم تتغلظ بغير الابل حتى
لو قضى القاضي به لا ينفذ قضاؤه لكونه على خلاف النص والاجماع فلا يزاد في
الدراهم على عشرة الاف درهم ولا في الدنانير على الف دينار تغليظا وهي
اي الدية المغلظة في شبه عمد وقد تقدم بيانه في اول الجنايات
وانها على العاقلة لا على القاتل كما تقدم ايضا والمخففة اي الدية المخففة وهي
في الخطاء جملة حالية من المبتداء اطلقه فيشمل الخطاء في القصد والخطاء
في الفعل وقد تقدم بيانها في اول الجنايات وما بعده اي ما بعد الخطاء
وهو ما يجري مجرى الخطاء وما قتل بسبب على ما تقدم بيانه من كذهب
متعلق بالمخففة الف دينار خبر قوله والمخففة ومن الورق بكسر الراء اي
الفضة عشرة الاف درهم وقال مالك والشافعي من الورق اثنى عشر الفا
لما روى ابن عباس ان النبي عم قضى بذلك ولنا ما روى عمر ان النبي عم قضى
بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم وتاويل ما روى انه قضى من دراهم كان وزنها
وزن ستة وقد كانت الدراهم كذلك في عهد عمر فابطل عمر ذلك الوزن
ومن الابل مائة ابل اخماسا اي من حيث الاخماس وبين الاخماس بقوله ابن مخاض
وبنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة ثم بين عدد كل من هذه الانواع الخمسة

من كل من هذه الخمسة عشرون فبلغت مائة هكذا روي عن ابن مسعود ولانه
هذا اخف فكان اليق بحالة الخطاء لان الخاطي معذور وهذا قول الشافعي ايضا
الا انه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ولا دية من غير هذه الاموال
اي الانواع الثلثة الذهب والفضة والابل عند ابي ح وقالا انها اي من هذه
الثلثة ومن البقر ايضا مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا
حلة كل حلة ثوبان لهما ما روي ان عمر جعل على اهل كل مال هكذا قال ابو يوسف
حدثنا ابن ابي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب
الديات على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق عشرة الاف درهم
وعلى اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل البقر مائتي بقرة وعلى اهل الشاة
الفي شاة وعلى اهل الحلة مائتي حلة ولابي ح ان التقدير انما يستقيم بشيء
معلوم المالية وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان شيء
ما وجب ضمانه بالاتلاف او غيره فان قيل فالابل كذلك اجيب عنه بان
التقدير بالابل عرف بالاثار المشهورة وغيرها ليس في معناها فلا يلحق
بها وكفارة شبه العمد والخطاء عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير
رقبة مؤمنة الى قوله فصيام شهرين متتابعين فان عجز فصيام شهرين متتابعين
لما تلوناه ولا اطعام فيهما اي في كفارة شبه العمد والخطاء لعدم النص
فيها والمقادير الشرعية يعرف بالنص اذ لا مدخل للراي فيها وصح اعتاق رضيع
احد ابويه مسلم لانه مسلم تبعا له لانه يتبع خير الابوين دينا والظاهر سلامة
اطرافه لا الجنين اذ لم يعرف حيوته ولا سلامته وللمراة اي الدية للمراة في
النفس وما دونها نصف ما للرجل هكذا روي مرفوعا وموقوفا عن علي رض
فاذا قتلت المراة خطاء تجب خمسة الاف درهم وفي قطع يدها الفان
وخمسمائة وللذمي مثل ما للمسلم اي من الدية لقوله عم دية كل ذي عهد في
عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر وفيه خلاف مالك والشافعي

فصل في بيان الدية فيما دون النفس لكن ذكر فيه وجوب الدية
في النفس ايضا بقوله في النفس الدية تمهيدا لذكر ما بعده اطلق النفس

فيشمل الذكر والانثى والصغير والكبير والوضيع والشريف والمسلم والذمي والمراد
نفس الحر لان دية العبد سياتي في فصل على حدة وكذا في مارن الانف
اي كما يجب الدية في النفس يجب ايضا الدية الكاملة في اتلاف مارن الانف
وما عطف عليه من الاطراف الى قوله وفي اشفار العينين يعني ان هذه
الاطراف تعادل النفس في الدية ولهذا ذكر النفس في هذا الفصل تمهيدا
لما بعده والا فقد ذكر لزوم الدية فيها من قبل والاصل ههنا ان الجاني
ان فوت في الاطراف جنس المنفعة على الكمال او ازال ما قصد في الادمي
من الجمال يجب عليه كل الدية كما في النفس لاتلافه النفس من وجه وهو
ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للادمي وقد قضى رسول الله عم بالدية
كلها في اللسان والانف وقد قضى عمر رض لرجل على رجل باربع ديات
بضربة واحدة وقعت على راسه وذهب به عقله وسمعه وبصره وكلامه
ففي قطع مارن الانف ازال الجمال وكذا المنفعة المقصودة من الانف وهو
الشم فيجب فيه كمال الدية وفي اللسان ان منع النطق او اداء اكثر الحروف
اي فيه دية النفس لانه ازال منفعة مقصودة من اللسان وهو النطق ولو قدر
على التكلم ببعض الحروف دون بعض قيل تقسم الدية على الحروف مطلقا وقيل تقسم
على عدد حروف تتعلق باللسان وهي الالف والتاء والثاء والجيم والدال
والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء
واللام والنون والياء فما اصاب الفائت يلزمه ولا مدخل للحروف
الحلقية فيه وهي الحروف الستة المشهورة الهاء والهمزة والعين والغين
والحاء والخاء ولا الشفوية وهي الباء والميم والواو وقيل ان قدر على اكثرها
تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر
يجب كل الدية وفي الصلب اي فيه دية كاملة ان منع الجماع لانه ازال
المنفعة المقصودة منه والا فلا وفي الافضاء اي افضاء احد المسلكين
الى الاخر وفيه دية كاملة اذا منع استمساك البول لما ذكرناه وفي الذكر
اي في قطعه وفي قطع حشفته دية كاملة لما فيه من تفويت منفعة الوطي

والايلاد

والايلاد واستمساك البول وفي العقل اي في اذهابه دية كاملة لتفويت
منفعة الادراك المقصود من الانسان وفي السمع وفي البصر
وفي الشم وفي الذوق اي في ذهاب كل منها دية كاملة لما ذكرناه
ولما روي عن عمر انه قضى لرجل على رجل باربع ديات بضربة واحدة وقعت
على راسه ذهب بها عقله وسمعه وبصره وكلامه والشم والذوق في
معناه فيلحق بها واختلفوا في طريق معرفة ذهابها قال ابو يوسف لا يعرف
الذهاب بل القول فيه قول الجاني لانه المنكر ولا يلزمه شيء الا اذا صدقه
الجاني او نكل عن اليمين وقيل ذهاب البصر يعرفه الاطباء فيكون قول
رجلين عدلين حجة وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العين فان دمعت
عينه علم انها باقية والا فلا وقيل تلقى بين يديه حية فان هرب منها علم
انها باقية والا فلا وطريق معرفة ذهاب السمع ان يغافل ثم ينادى
فان اجاب علم انها باقية والا فذاهبة وفي اللحية اي في حلقها
دية كاملة ان لم ينبت لما فيه من ازالة كمال الجمال لان اللحية في اوانها
من كمال الجمال وان نبتت حتى استوت كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق
لفعل الجاني اثر ولكنه يؤدب على ارتكابه المحرم كما في الضربة التي لم يبق
لها اثر في البدن ولو نبتت اللحية ابيض فقد ذكر في النوادر لا يلزمه
شيء عند ابي حنيفة في الحر لان الكمال ببياض شعر اللحية وعندهما يجب حكومة
عدل وفي العبد يجب حكومة عدل بالاتفاق لانه ينتقص به قيمة
العبد واختلفت الروايات ايضا في عدم نبات لحية العبد ففي رواية
الحسن عن ابي حنيفة يجب كمال الدية وفي ظاهر الرواية عنه لا يلزمه شيء
لان المقصود من العبد الاستخدام دون الجمال وهو لا يفوت بحلق اللحية
بخلاف الحر لان المقصود منه كمال الجمال وفي حلق الشارب حكومة
عدل على ما سياتي واختلفوا في لحية الكوسج والاصح انه ان كان على
ذقنه شعرات معدودة فليس في حلقه شيء لان وجودها لا يشينه
ولا يزينه وان كان ذلك على الخد والذقن جميعا ولكنه غير متصل ففيه

حكومة عدل وان كان متصلا ففيه كال الدية لانه لبس بكوسج وفي شعر الراس
اى في حلقه دية كاملة لما فيه من ازالة كال الجمال ولهذا يتكلف الاصلع
في ستره وكذا في قطع ظفيرة المراة وفي جنايات القنية بعلامة مح
امراة قطعت ذوابتي امراة اخرى عند الراس ومضت سنة فلم يبلغ
الذوابتان النهاية القديمة بل بقيت كما قطعت ففيها حكومة عدل فت
قطع ذوابة امراة ننتظر حولا فان نبتت فلا شيء عليه وان لم ينبت ففيه
حكومة عدل وهو اختيار الطحاوي ويستوي الخطاء والعمد في حلق اللحية
وشعر الراس فيما ذكر من لزوم الدية اذ لا يجب القصاص لانه عقوبة
مقدرة فلا يثبت رايا وانما يثبت نصا والنص انما ورد في النفس والجراحات
وليس هذا في معنى ما ورد فيه النص حتى يلحق به دلالة لانه لم يتالم به
ولا يتوهم منه السراية ويوجل فيه سنة فان لم ينبت فيها وجبت الدية
ويستوي فيه الصغير والكبير والذكر والانثى فان مات قبل تمام السنة
ولم ينبت فلا شيء عليه وكذا الحاجبان اى في حلقهما دية كاملة وفي
احدهما نصف الدية والاهداب جمع هدب وهو ما ينبت الشعر على اشفار
العين على وزن قفل واقفال كذا في المصباح واهداب العينين اربعة
ففي كلها دية كاملة وفي الاثنين منها نصف الدية وفي الثلاثة منها
ثلثة ارباع الدية وفي واحد منها ربع الدية وهذا لانها تتعلق بها دفع
الاذى والقذى عن العين وتفويت ذلك ينقص البصر ويورث العمى وفيه
ايضا تفويت كال الجمال وفي العينين تمام الدية وفي احدهما نصف
الدية وفي الاذنين وفي الشفتين وفي ثدي المراة وفي اليدين
وفي الرجلين وفي اشفار العينين اى في كل منها تمام الدية وفي
واحد من كل واحد منها مما كان اثنين نصف الدية لما ذكرناه الاشفار
جمع شفر مثل قفل واقفال وهي اطراف العين التي تنبت عليها الشعر والعامة
تجعل اشفار العين الشعر وهو غلط وانما الشعر هو الاهداب كذا في
المصباح والاشفار اربع ففي كل شفر ربع الدية وفي كلها تمام الدية وفي

كل

كل واحد مما هو اثنان في البدن كالحاجبين والعينين والاذنين والشفتين
والثديين واليدين والرجلين نصف الدية وما هو اربعة ربعها وهي
الاهداب والاشفار وفي كل اصبع من يد او رجل عشرها يعني في كل
من اصابع اليد وهي عشرة تمام الدية وفي قطع واحد منها عشر الدية وكذا
في اصابع الرجل وفي كل مفصل منها اى من الاصابع مما فيه مفصلان
نصف عشرها وما فيه مفاصل ثلثة ثلثه اى ثلث دية الاصبع وفي كل
سن نصف عشرها اى عشر الدية وهي خمس من الابل فكانت الاعضاء خمسة
انواع منها ما هو افراد ومنها ما هو اثنان ومنها ما هو ارباع ومنها ما هو اعشار
كالاصابع ومنها ما هو زائد عليه كالمفاصل والاسنان وفي كل عضو
ذهب نفعه ففيه دية وان وصلية كان قائما كيد شلت وعين ذهب
ضوءها لان الحكم يتعلق بتفويت جنس المنفعة لا بتفويت الصورة فصل
لا قود في الشجاج هي بكسر الشين جمع شجة مثل كلبة وكلاب الشجة الجراحة
وانما تسمى بذلك اذا كانت في الوجه او الراس كذا في المصباح الشجاج
عشرة كما ذكر في الكتاب لا قود في كلها الا في الموضحة ان كانت عمدا
لما روى ان النبي عم قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينهى السكين
الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص لامكان حفظ المماثلة بخلاف بقية
الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان
فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه لقوله عم لا قصاص في
عظم هذا رواية الحسن عن الح وفي ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون
الموضحة على ما سيصرح به في الكتاب لانه يمكن اعتبار المساواة فيه
اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف التلف كالجائفة فيسبر غورها بمسبار
ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء
القصاص بذلك وفيها اى في الموضحة حال كونها خطاء نصف عشر الدية
لقوله عم في الموضحة خمس من الابل قال في شرح النقاية للقهستاني
والمبتدا دال يكون المشجوج غير اصلع والا ففيها حكومة عدل لان جلده

انتقص ثبتة من غيره كما في الذخيرة وهي اي الموضحة التي توضح العظم اي
تبينه وفي الهاشمة وهي التي تهشم اي تكسر العظم عشرها اي عشر الدية
وهي عشرة من الابل سواء كان اصلح او غيره كذا في شرح النقاية ثم ذكر
نقلا عن المنتقى انه لو كان اصلح ففيه ارش دون ارش الهاشمة وانما لم يقيد
الهاشمة وما بعدها بالخطاء كما قيد الموضحة لان كل شجة لا قود فيها فالعمد
والخطاء فيه سواء كما في الذخيرة وفي المنقلة وهي التي تنقل من النقل
والتحويل من موضع الى موضع العظم اي بعد كسرها عشرها راجع الى الدية
ونصفه راجع الى العشر اي فيها عشر الدية ونصف عشر الدية وهي خمسة
عشر من الابل وفي الآمة بالمد وهي التي تصل الى ام الدماغ وهي الجلدة
التي تحت العظم فوق الدماغ كما في الظهيرية ثلثها اي ثلث الدية لما ورد
فيه من الاحاديث وبعد الآمة شجة تسمى الدامغة بالغين المعجمة وهي التي
تخرق الجلدة التي تسمى ام الدماغ وتصل الى الدماغ لم يذكرها محمد لان
النفس لا تبقى بعدها حيا عادة فيكون قتلا لا شجة ولهذا لم يذكرها المص
وكذا في الجائفة اي فيها ثلث الدية ايضا للحديث وهي التي تصل الى الجوف
انما غير الاسلوب فيها حيث اتى باسم الاشارة لانها ليست من الشجاج لان
الشجاج تختص بالراس والوجه على ما سيصرح به فكان ذكرها في
فصل الشجاج استطرادا فلذا غير الاسلوب فان نفذت الجائفة الى
جانب اخر فيها اي فيما في الجانبين جائفتان احديهما من جانب البطن والاخرى
من جانب الظهر وتجب ثلثاها لان في كل جائفة ثلث الدية فيكون في
الجائفتين ثلثاها وفي كل من الحارصة بالحاء المهملة بعدها راء وصاد مهملتين
وهي التي تشق الجلد ولا تخرج الدم والدامعة بالعين المهملة لان الدامغة
بالغين المعجمة لم يذكرها في الكتاب على ما ذكرنا . وهي عطف على الحارصة
وهي التي تخرج منه اي من البدن دما يشبه الدمع اي لا يسيل بل
يجتمع في موضع الجراحة كالدمع في العين والدامية عطف على الدامعة
او الحارصة وهي التي تسيل الدم فهي فوق الدامعة والباضعة وهي

التي

التي تبضع اي تقطع الجلد ماخوذ من البضع بمعنى القطع والمتلاحمة وهي التي تاخذ
في اللحم اي تقطعه بعد قطع الجلد والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق ثم
بين السمحاق بقوله وهي جلدة فوق العظم تصل اليها الشجة تسمى هذه الشجة
سمحاقا ايضا حكومة عدل مبتدأ تقدم عليه وهو قوله وفي كل من الحارصة
اي في كل من هذه الستة من الشجاج حكومة عدل اذ ليس فيها ارش
مقدر شرعا ولا يمكن اهدارها بالكلية فيجب فيها حكومة عدل وهو مروي عن
النخعي وعمر بن عبد العزيز ورواه الحسن عن الح وعند محمد فيها اي في
الست المذكورة من الحارصة الى السمحاق القصاص في العمد كالموضحة
وهو ظاهر الرواية وفي الزيلعي وهو الاصح والشجاج تختص بالوجه والراس
هي عشرة ضابطها ان قطع الجلد لا بد منه في الشجة وبعد قطع الجلد
اما ان يظهر الدم اولا والثاني هو الحارصة والاول اما ان يسيل الدم
بعد الاظهار اولا والثاني هو الدامعة والاول اما ان يقطع بعض اللحم اولا
والثاني هو الدامية والاول اما ان يكون قطع اكثر اللحم الذي بينه وبين
العظم اولا والثاني هو الباضعة والاول اما ان اظهرت الجلدة الرقيقة
الحائلة بين اللحم والعظم اولا والثاني هو المتلاحمة والاول اما ان تقتصر
على الاظهار او تتعدى والاول هو السمحاق والثاني اما ان ينحصر على اظهار
العظم اولا والاول هو الموضحة والثاني اما ان تقتصر على كسر العظم اولا
والاول هو الهاشمة والثاني اما ان تقتصر على نقل العظم وتحويله من
غير وصوله الى الجلدة التي بين العظم والدماغ ام لا والاول هو المنقلة
والثاني هو الآمة وهي العاشرة كذا في العناية والجائفة تختص
بالجوف والجنب والظهر والصدر ايضا فعلى هذا يكون ذكرها في فصل
الشجاج استطرادا وما سوى ذلك اي الشجاج والجائفة مما كان في اليد
والساق والرجل جراحات وفيها حكومة عدل وهي اي حكومة عدل ان
يقوم من التقويم اي يقوم المجروح حال فرضه عبدا بلا هذا الاثر من
الجراحة ومعه اي يقوم مع هذا الاثر فما نقص من قيمته وجب بنسبته اي

مقدارها بنسبة ما نقص من قيمته من ديته متعلق بوجب توضيحه انه يفرض ان
هذا الحر عبد و قيمته بلا هذا الاثر الف درهم مثلا و معه تسعمائة فما نقص من
قيمته مائة درهم و هو عشر الالف التي هي قيمته فيؤخذ عشر الدية و هو الف
درهم لان الدية عشرة الاف درهم و عشرة الف فيؤخذ منها لان قيمة الحر
ديته وان كان ما نقص من القيمة ثلث عشر القيمة يجب ثلث عشر الدية
وان كان ربع عشر القيمة يجب ربع عشر الدية و هكذا و هذا التفسير
هو المروي عن الطحاوي و به يفتى علماؤنا في فتاويهم و قال الكرخي ينظر
كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب مقدار ذلك من نصف عشر الدية
يعني ان هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا فانه ينظر كم مقدار الباضعة
من الموضحة فان كان مقدارها نصف الموضحة يجب فيها نصف ارش
الموضحة وان كان ثلث الموضحة وجب ثلث ارش الموضحة وان كان
ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كان ثلثة ارباع الموضحة يجب
ثلثة ارباع ارش الموضحة قال شيخ الاسلام قول الكرخي اصح لحديث علي
فانه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار
ولم يعتبر بالعبيد كما اعتبره الطحاوي وايضا لو اعتبر حكومة العدل بهذا
الطريق الذي اعتبره الطحاوي فربما يكون نقصان القيمة اكثر من نصف
عشر الدية فيؤدي الى ان يوجب في هذه الشجاج مع كونها
دون الموضحة اكثر ما اوجبه الشرع في الموضحة وهو محال و قال الصدر
الشهيد ينظر المفتي في هذا ان امكنه بقول الكرخي بان كانت الجناية
في الوجه و الراس يفتي به وان لم يتيسر عليه ذلك بقول الطحاوي وان
شاء افتى به لانه ايسر و في اصابع اليد الواحدة وحدها او مع الكف
نصف الدية يعني ان الارش لا يزيد بسبب الكف لانه تابع لها بل الواجب
فيها وحدها او مع الكف نصف الدية و هذا لان في كل اصبع عشر الدية
لقوله عم في كل اصبع عشر من الابل فكان في خمس اصابع خمسون من
الابل وهو نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة

البطش وهو الموجب للارش فوجبها ما وجب في الكف و هو نصف الدية
ومع نصف الساعد نصف الدية وحكومة عدل الاول للاصابع مع الكف
والثاني للزيادة عليها و في كف فيها اصبع واحدة عشر الدية للاصبع وان
فيها اصبعان فخمسها اي خمس الدية للاصبعين ولا شئ في الكف عند الح
وعندهما يجب الاكثر من ارش الكف ودية الاصبع او الاصبعين ويدخل
الاقل فيه يعني اذا كان في الكف اصبع او اصبعان فقطعها يجب عشر الدية
في الاصبع الواحدة وخمسها في الاصبعين ولا شئ في الكف عند الح
وقالا ينظر الى ارش الكف والى ارش ما فيها من الاصابع فيجب اكثرها ويدخل
القليل في الكثير لان الجمع بين الارشين متعذر اجماعا لان الكل شئ
واحد فضمان الاصبع هو ضمان الكف وضمان الكف هو ضمان الاصبع وكذا
اهدار احدهما متعذر لان كل واحد منها اصل من وجه اما الكف فلان
الاصابع قائمة به واما الاصابع فلانها هي الاصل في منفعة البطش
فاذا كان كل واحد منها اصلا من وجه رجحنا بالكثرة وله ان الاصابع
اصل حقيقة لان منفعة اليد وهي البطش والقبض والبسط قائمة بها وكذا
حكما لانه عم جعل الدية بمقابلة الاصابع حيث اوجب في اليد نصف الدية
ثم جعل في كل اصبع عشرا من الابل ومن ضرورته ان يكون كلها بمقابلة الاصابع
دون الكف و الاصل اولى بالاعتبار وان قل ولا يظهر التبع بمقابلة الاصل
ولا تعارض حتى يصار الى الترجيح بالكثرة ولئن تعارضنا فالترجيح بالاصل
حقيقة وحكما اولى من الترجيح بالكثرة وعلى هذا لو كان في الكف مفصل
واحد من اصبع واحدة يجب ارش المفصل عند الح في ظاهر الرواية عنه
ولا يجب في الكف شئ لان ارش ذلك المفصل مقدر شرعا وما بقي من
الاصل اي الاصابع فهو اولى وان قل ولا يظهر حكم التبع معه وهو الكف وان
كثر وروى الحسن عنه ان الباقي اذا كان دون اصبع يعتبر اكثرها ارشا
لان كل ارش ما دون الاصبع غير منصوص عليه وانما ثبت اعتباره بالمنصوص
عليه بنوع اجتهاد وكونه اصلا باعتبار التبع فاذا لم يرد النص في ارش

مفصل ولا مفصلين اعتبرنا فيه الاكثر والاصح ظاهر الرواية لان ارشه
ثبت بالاجماع وهو كالنص ولو لم يكن في الكف اصبع ولا بعضها يجب
عليه حكومة عدل لا يبلغ ارش اصبع لان قيمة التبع لا يبلغ قيمة المتبوع
وان كان فيها اي في الكف ثلاث اصابع فدية الاصابع الثلاث وهي
ثلثة اعشار الدية لان في كل اصبع عشر الدية وفي الاصابع الثلاث
ثلثة اعشار ولا يجب في الكف شيء اجماعا لان الاصابع اصل على ما ذكرناه
وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت كلها قائمة بخلاف ما
اذا كانت اصبعا او اصبعين لانه ليس في حكم قيام كل الاصابع لكون
القائم اقل ولهذا وقع الاختلاف بينهم كما تقدم وفي قطع الاصبع الزائدة
حكومة عدل عمدا كان او خطاء لانها جزء الادمي فيجب فيها الارش تشريفا
له وليس له ارش معدر فيجب حكومة عدل وان لم يكن له نفع ولا زينة
كما في السن الزائدة ولا يجب فيها القصاص وان كان للقاطع اصبع
زائدة ايضا لعدم العلم بالمماثلة بينها وهو شرط في القصاص وكذا
في الشارب ولحية الكوسج اي فيها حكومة عدل لكن في لحية الكوسج
اختلاف قيل لا شيء فيه مطلقا وقيل فيه حكومة عدل مطلقا والاصح
التفصيل بانه ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء فيه وان
كان ذلك على الخد والذقن جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل
وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وثدي الرجل بخلاف ثدي
المراءة لان فيه الدية على ما تقدم وذكر الخصي والعنين ولسان الاخرس
واليد الشلاء والعين العوراء والرجل العرجاء والسن السوداء اي
في جميعها حكومة عدل لما ذكر وكذا في عين الطفل ولسانه وذكره
اذا لم نعلم صحة ذلك اي عينه ولسانه وذكره بما يدل على ابصاره في عينه
وتحرك ذكره في صحة ذكره وكلامه في صحة لسانه وان علم ذلك
بالبينة او باقرار الجاني كان حكمه حكم البالغ وان انكر الجاني ولم يقم به بينة
فالقول قول الجاني وكذا اذا قال لا اعرف صحته لا يجب عليه الارش كاملا

الا

الا بالبينة وقال الشافعي يجب الدية كاملا كيف ما كان الا اذا عرفت انها غير
صحيحة لان الغالب فيه الصحة فاشبه الاذن والمارن قلنا الظاهر ليس
بصالح للاستحقاق وانما يصلح للدفع وان شج رجلا موضحة فذهب عقله
او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان فوات العقل يبطل منفعة
جميع الاعضاء فيدخل ارشها في دية العقل كما دخل في دية النفس
فيما اذا شج موضحة ثم قتل وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت
يسقط ويجب الدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد وهو فوات
الشعر فيدخل الجزء في الكل كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده كلها ولا فرق
في هذا بين ان يكون الجناية عمدا او خطاء كذا في الزيلعي وان ذهب سمعه
او بصره او كلامه لا يدخل اي لو شجه موضحة فذهب احد هذه الاشياء
لا يدخل ارش الموضحة في ارش هذه الاشياء عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يدخل ارش الموضحة في دية السمع والكلام ولا يدخل في دية البصر لانها
ظاهر فلا يلحق بالعقل فلا يدخل فيه ارش الموضحة بخلاف السمع والكلام ولا يدخل
فانهما مبطنان فيلحقان بالعقل فيدخل فيها ارش الموضحة كما يدخل في دية
العقل ولهما ان كل واحد من هذه المنافع اصل بنفسه فيتعدد الحكم بتعددها
ولا يدخل بعضها في بعض لان العبرة لتعدد اثر الفعل لا لاتحاد الفعل بخلاف
العقل لان منفعته يعود الى كل الاعضاء فصار كالنفس وان ذهب اي ان
شجه موضحة وذهب بها اي بالشجة الموضحة عيناه فلا قصاص ويجب ارشهما
اي ارش الموضحة وارش العينين عند ابي حنيفة وعندهما يجب القصاص في الموضحة
ان كانت عمدا والدية في العينين والاصل ههنا عند ابي حنيفة ان الفعل الواحد
اذا اوجب مالا في البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين او عضوا واحدا
وعندهما في العضوين يجب القصاص مع وجوب المال وان كان عضوا واحدا
لا يجب لهما ان الفعلين وقعا في محلين مختلفين فيكون جنايتين لان الفعل
يتعدد بتعدد اثره فكان جنايتين مبتدأتين والشبهة في احدهما لا يتعدى
الى الاخرى كمن رمى الى رجل سهما عمدا فاصابه ونفذ السهم الى غيره فقتله

يجب القصاص في الاول والدية في الثاني ولابي حنيفة ان الجزاء بالمثل والجرح الاول
سار وليس في وسعه الجرح الساري فيسقط القصاص لعدم اعتبار المماثلة
بينهما ويجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهي الحركة الثابتة حالة الشج
وكذا محل الجنايتين متحد من وجه لاتصال احدهما بالاخر ونهاية الجناية
لم توجب القصاص بالاتفاق فاورثت نهايتها شبهة الخطاء في بدايتها نظرا الى
اتحادها فلم يجب القصاص بخلاف النفسين لان احدها ليس من سراية الاخر
فان الفعل في النفس الثانية بطريق المباشرة على حدة ليس من سراية الجناية
على النفس الاولى كما هو كذلك فيما نحن فيه اذ لا يتصور السراية من نفس الى نفس
اخرى فيجعل كل واحد منهما جناية مستقلة فتعدد الجناية لان السراية انما
تتصور في نفس واحدة لا في نفسين وبخلاف ما اذا وقع السكين خطاء
باضطرابه على اصبع اخرى فقطعه لان القطع في الاصبع الاخرى ليس بالفعل
الاول ولا باثره بل بفعل اخر مقصود فتفرد بحكمه ولا قصاص في اصبع
قطعت عمدا فشلت اصبع اخرى جنبها بل يجب دية كل من الاصبعين لانهما
عضوان مستقلان هذا عند ابي حنيفة وعندهما يقتص في المقطوعة وتجب
الدية في الاخرى ووجه الطرفين ما ذكر في المسئلة الاولى من الطرفين
ولو قطع مفصلها الاعلى فشل ما بقي من الاصبع فلا قصاص بالاتفاق
بل الدية في ما قطع وحكومة عدل فيما شل لانه لا يمكن ان يجعل فعلين
مبتدائين لاتحاد المحل والفعل فلا وجه لايجاب القصاص اصلا فتجب الدية
في المفصل لكونه مقدرا شرعا وحكومة عدل فيما شل لعدم التقدير فيه
شرعا ولا قصاص ايضا لو كسر نصف سن فاسود باقيها بل دية السن
كلها بالاجماع كذا في الكافي والزيلعي والهداية وكذا لو احمر او اخضر
او اصفر قال في الخلاصة ثم فيما اخضرت او اسودت او احمرت انما تجب
الدية اذا فات منفعة المضغ والا فلو كان السن مما يرى في حال التكلم يجب
الدية ايضا والا فلا شيء فعلى هذا لا يبقى كلام الكافي والزيلعي والهداية على
اطلاقه ثم المص لم يفرق بين الاصفر او غيره من الالوان المذكورة ومنهم من

فرق

فرق والاصح ما اختاره المص من عدم الفرق ولو اسودت كلها بضربة وهي اي
السن قائمة فالدية في الخطاء على العاقلة وفي العمد في ماله قال في
قاضيخان رجل ضرب سن رجل فاسود فجاء اخر فنزعها كان على الاول
ارش تام خمسمائة وعلى الثاني حكومة عدل ولو قلعت سن رجل فنبتت مكانها
اخرى سقط ارشها عند ابي حنيفة خلافا لهما فلا يجب عليه ارش السن كاملا
لان الجناية وقعت موجبة له والذي نبت نعمة مبتداءة من الله تعالى فصار
كما لو اتلف مال انسان فحصل المتلف عليه مالا اخر فانه لا يسقط عن المتلف
الضمان فكذا هذا ولابي حنيفة ان الجناية قد زالت معنى ولهذا لو قلع سن صبي
فنبتت مكانها اخرى لا يلزمه شيء بالاجماع وهذا لان الموجب فساد المنبت
ولم يفسد حيث نبت مكانها سن اخرى فلم تفت المنفعة به ولا الزينة وعن
ابي يوسف انه تجب حكومة العدل لمكان الالم الحاصل هذا اذا نبتت مثل الاولى
وان نبتت معوجة فعليه حكومة عدل عند ابي حنيفة ولو نبتت الى النصف فعليه
نصف الارش وفي سن الصبي يسقط الارش اجماعا والفرق ان سن الصبي
يخرج وينبت مكانها اخرى غالبا وان اعاد الرجل سنه المقلوعة الى مكانها فنبت
عليها اللحم لا يسقط ارشها اجماعا لان هذا الالتحام لا يعتد به اذ العروق
لا تعود وفي النهاية قال شيخ الاسلام هذا اذا لم تعد الى حالها الاولى بعد
النبات في المنفعة والجمال واما اذا عادت فلا شيء عليه كما لو نبتت وكذا
لو قطع اذنه فالصقها فالتحمت اي لا يسقط ارشها اجماعا لما ذكرناه ومن
قلعت سنه فاقتص من قالعها ثم نبتت سن المقتص له فعليه اي على المقتص له
دية سن المقتص منه لانه بالنبات تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب
فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى وانعدمت الجناية ويستانى
اي يؤجل في اقتصاص السن والشجة الموضحة حولا فاذا مضى الحول ولم تنبت
السن ولم يبرأ الموضحة قضينا بالقصاص ثم اذا نبتت تبين انا اخطانا فيه
وكان الاستيفاء بغير حق غير انه يسقط القصاص للشبهة فتجب الدية
على المقتص له للمقتص منه وفي النهاية الصحيح انه يستانى في سن البالغ

يبرأ لان بقائه نادر فلا يفيد تاجيله الى سنة فيؤخر الى البرء لتعلم عاقبته وقال
في قاضيخان ولو ضرب سن انسان فتحركت ينتظر حولا وان سقطت لا ينتظر
حولا الا ان يكون صبيا فينتظر حولا لان سن البالغ لا ينبت الا نادرا وسن
الصبي ينبت فينتظر حولا فان لم ينبت كان عليه ارشها وقال الحسن يجب
حكومة عدل وبه اخذ الفقيه ابو الليث انتهى وكذا اي يؤجل حولا لو ضرب
سنه فتحركت وهذا ما ذكرناه من قاضيخان فلو اجل القاضي حولا فجاء
المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا في سبب سقوطها فان كان
الاختلاف قبل مضي السنة فالقول للمضروب في انه بسبب السقوط
ضرب الضارب وهذا ليفيد التاجيل لان التاجيل سنة ليظهر عاقبة الامر
فلو لم يقبل قول المضروب كان التاجيل وعدمه سواء بخلاف ما اذا شجه
موضحة فجاء المشجوج وقد صارت منقلة واختلفا حيث يكون القول فيه
للضارب لان الموضحة لا يورث المنقلة اما تحريك السن يؤثر في السقوط
فافترقا وان كان بعد مضيها فللضارب لانه منكر وقد مضى الاجل الذي
ضرب فيكون القول له ولو شج رجلا فالتحمت ونبت الشعر ولم يبق لها اي
للشجة اثر يسقط الارش عند ح لان الموجب هو الشان الذي يلحقه بفعله
او زوال منفعته وقد زال ذلك بزوال الاثر والمنافع لا تتقوم الا بالعقد
كالاجارة الصحيحة او شبهة العقد كالاجارة الفاسدة ولم يوجد شيء من
ذلك في حق الجاني فلا يلزمه الغرامة وكذا مجرد الالم لا يوجب شيئا لانه
لا قيمة له وعند ابي يوسف يجب ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشان
الموجب وان زال فالالم الحاصل لم يزل وعند محمد اجرة الطبيب وثمن الدواء
لان ذلك لزمه بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله واعطاه الطبيب
والدواء وكذا لو جرحه بضرب فزال اثره اي يسقط ارش الضرب عند
ح ويجب ارش الالم عند ابي يوسف واجرة الطبيب وثمن الدواء عند محمد
وان بقي اثره اي اثر الشجة والجراحة فحكومة عدل بالاجماع لما فيه نوع وتفويت
الجمال وليس له شيء مقدر شرعا ولا اهدار بالكلية ايضا فيلزم الحكومة

ولوضربه

ولو ضربه ولم يجرح ليس فيه غرامة مالية لعدم تفويت شيء من الاجزاء ولكن
فيه تعزير لما فيه من الحاق الالم فيعزر لعدم الاهدار ولا يقتص لجرح
او طرف كقلع السن او قطع الاذن او موضحة اي شجة موضحة الا بعد البرء
وقال الشافعي يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس لان
الموجب قد تحقق فلا يعطل بالتاخير ولنا قوله عم يستأنى في الجراحات
سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال
غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء
وكل عمد سقط فيه القود بشبهة كقتل الاب ابنه عمدا فالدية فيه في
مال القاتل في ثلاث سنين وقال الشافعي تجب حالة لان الاصل انما
يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد
فلا يخفف عنه ولان المال وجب عليه جبرا لحق الابن المقتول في نفسه
وحقه في نفسه حال فلا يجبر بالمؤجل ولنا انه مال وجب بالقتل
ابتداء فيكون مؤجلا كدية الخطاء وشبه العمد وهذا لان القياس
تأبى تقوم الادمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت شرعا على خلاف
القياس وقد ورد به الشرع مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى
زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا ايضا
وكذا كل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل حالا لقوله عم لا تعقل
العواقل عمدا ولا اعترافا وانما وجب حالا لانه مال وجب بعقد الصلح
فاشبه الثمن في المبيع فانه وجب حالا الا اذا شرط فيه التاجيل
بخلاف ما تقدم في مسئلة الكتاب فان المال فيه وجب بالقتل ابتداء
لا بعقد الصلح فوجب في ثلاث سنين وكذا كل جناية اعترف بها
الجاني فارشها في مال الجاني لا على العاقلة لما روينا ولانه لو وجب
في مال العاقلة لكان اقرارا على الغير وذا لا يجوز لقصور ولايته من
العاقلة فلا يتعدى اقراره من نفسه اليهم وكذا كل ارش كان اقل من نصف
عشر الدية فهو في مال الجاني لانه لا يؤدي الى الاجحاف والاستيصال

بالجاني وتحمل العاقلة عنه لخوف الاستيصال به فلا حاجة الى تحمل العاقلة
عنه كذا في الزيلعي وعمد الصبي والمجنون خطاء وديته على عاقلته ولا كفارة
فيه ولا حرمان ارث والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي عمده عمد فتجب
الدية في ماله لان العمد هو القصد وهو ضد الخطاء وقد تحقق منه القصد
ولهذا يؤدب ويعزر والتعزير يكون على العمد لا على الخطاء وكان ينبغي
ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة لانهم ليسوا من اهل العقوبة فيجب
عليهم موجبه الاخر وهو المال لانهم اهل لوجوبه عليهم فصار نظير السرقة
فانهم اذا سرقوا لا يقطع ايديهم ويجب عليهم ضمان المال لما قلنا ولهذا وجب
عليهم التكفير بالمال لانه اهل للغرامة المالية دون الصوم لعدم الخطاب
ولهذا يحرم الميراث عنده بالقتل العمد ولنا ان صبيا صال على رجل بسيف
فضربه فرفع ذلك الى علي فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة وقال
عمده خطاء وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطي لما
استحق التخفيف حتى وجبت الدية على عاقلته فهؤلاء وهم اعذر اولى
بالتخفيف فتجب على العاقلة اذا كان الارش الواجب قدر نصف العشر او اكثر
بخلاف ما دونه لانه يسلك به مسلك الاموال كما في البالغ العاقل ولا نم
تحقق العمد منهم لانه عبارة عن القصد وهو يترتب على العلم والعلم بالعقل
الكامل وهو عديم العقل او قاصره فلا يتحقق منهم القصد فصاروا كالنائم
وحرمان الميراث عقوبة وهم ليسوا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة
للذنب ولا ذنب لهم تستره لانهم مرفوع القلم فصل ومن ضرب
بطن امراة حرة لان حكم الامة سياتي بيانه فالقت تلك المراة جنينا
على وزن فعيل هو اسم ولد ما دام في الرحم كذا في المغرب قيل سمي بذلك
لاستتاره فاذا ولد فهو منفوس كذا في المصباح ميتا فعلى عاقلته اي
عاقلة الضارب غرة الغرة الخيار من المال كالفرس والبعير النجيب والعبد
والامة الفارهة وقيل انما سمي ما يجب في الجنين من الارش غرة لانها اول
مقدار ظهر في باب الدية وغرة الشيء اوله كما سمي اول الشهر غرة ثم بين الغرة

بقوله

بقوله خمسمائة درهم سواء كان الجنين ذكرا او انثى وفسر بعضهم الغرة بنصف
عشر الدية وقالوا هذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المراة وكل منهما
خمسمائة درهم لان نصف العشر من دية الرجل وهي عشرة الاف درهم هو
العشر من دية المراة وهي خمسة الاف درهم وهذا استحسان والقياس
ان لا يجب في الجنين شيء لانه لم يتيقن بحيوته والظاهر لا يصلح حجة
للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة شيء الا نقصان الام ان نقصت
الام والا فلا يجب شيء اصلا كما في الخانية حيث قال فيها ولو ضرب بطن
بهيمة فالقت جنينا ميتا فانه لا يضمن في الجنين شيئا ويضمن نقصان
الولادة ان نقصتها الولادة والقياس ان يجب كمال الدية لانه بضربه منع
حدوث الحيوة فيه فيكون بذلك كالمزهق للروح ولهذا المعنى وجب قيمة
ولد المغرور فانه منع من حدوث الرق فيه وكذا وجب قيمة بيض الصيد
بكسره وجه الاستحسان ما روي ان امراة من هذيل ضربت بطن امراة
بحجر فقتلها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله عم فقضى ان دية جنينها
غرة عبد او امة قيمته خمسمائة وقضى بدية المراة على عاقلتها رواه في الصحيحين
فان القته حيا فمات فدية كاملة لانه اتلف ادميا خطاء او شبه عمد
فيجب فيه الدية الكاملة وان القته ميتا وماتت الام فغرة للجنين الميت
ودية كاملة للام للام لما ذكرناه وان ماتت الام اولا فالقته حيا
فمات فديتها وديته اي يجب عليه ديتان دية الام ودية الجنين لانه قتلهما
فصار كما اذا القته حيا ومات وان القته بعد موتها ميتا فديتها فقط اي
يجب دية الام لا دية الجنين لان موت الام سبب لموته ظاهرا لان حيوته
بحيوتها وتنفسه بتنفسها فيختنق بموتها فلا يكون في معنى ما ورد فيه النص
ولم يذكر حال جنينين ميتين وذكر في عتاق الاشباه لو ضرب بطن امراة
فالقت جنينين فخرج احدهما قبل موتها والاخر بعد موتها وهما ميتان فقضي
الاول غرة فقط انتهى وما يجب في الجنين يورث عنه اي عن الجنين اي
يرثه ورثته لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرث منه الضارب

فلو ضرب بطن زوجته فالقت جنينا ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها
الزوج وانما يرث باقي الورثة وفي جنين الامة نصف عشر قيمته
اي قيمة الجنين على تقدير كونه حيا لو كان الجنين ذكرا وعشر قيمته لو كان
انثى وقال يجب فيه عشر قيمة الام لانه جزء منه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها
من الاصل ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة ولنا
انه بدل نفسه فلا يقدر بغيره اذ لا نظير له في الشرع والدليل على انه
بدل نفسه لا ضمان الاطراف انهم اجمعوا على انه لا يشترط فيه نقصان
الاصل ولو كان ضمان الطرف لم يجب فيه شئ الا بنقصان الاصل لان نقص
الاصل والا فلا يجب شئ اصلا فاذا كان ضمان النفس كانت ديته مقدرة
بنفس الجنين لا بنفس غيره كما في سائر المضمونات ولا نم ان الغرة في
جنين الحرة مقدرة بدية الام بل بدية نفس الجنين ان لو كان حيا فيجب نصف
عشر ديته ان كان ذكرا وعشر ديته ان كان انثى فكذا في جنين الامة
يجب تلك التسمية من قيمته لان كلما كان مقدرا من دية الحر فهو مقدر
من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان
انثى وطريق معرفة قيمته ان يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه
وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته ويجب نصف عشر ذلك ان كان ذكرا
وعشره ان كان انثى اطلقه ولا بد من التقييد بعدم كون الحمل من المولى
ولا من المغرور لانه لو كان من المولى او من المغرور لزمت الغرة كما في جنين
الحرة لكونه حرا كذا في العناية والزيلعي ولو ضاع الجنين ووقع النزاع
في قيمته بين الضارب ومولى الامة المضروبة فالقول للضارب لانه
ينكر الزيادة والقول للمنكر كمن قتل عبدا خطاء ولم يشاهده القاضي
حتى عجز عن تقويمه باعتبار حاله وهيئته لو كان حيا ووقع النزاع بين
القاتل ومولى المقتول فالقول قول القاتل مع يمينه لانكاره الزيادة فكذا
هنا وعند ابي يوسف هكذا في النسخ ولو قال وعن ابي يوسف بدل عند
لكان اولى لان هذا رواية غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف لان ظاهر الرواية

عنه

عنه مثل ما روى عن ابي ح ومحمد كذا في العناية ان نقصت الام ضمن نقصانها
اي الام والا فلا ضمان وجه هذه الرواية عنه انه اعتبره بجنين البهيمة فان
ضربت على صيغة المجهول فحرر سيدها حملها اي بعد الضرب فالقته اي
الحمل حيا فمات يجب قيمته حيا لا ديته وان مات بعد العتق لان وجوب
الارش عليه بضربه والضرب صادفه وهو رقيق وقت المصادفة فيجب
قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا حالتي السبب والتلف
فاوجبنا عليه القيمة باعتبار حالة السبب وهو الضرب لانه رقيق ح
واوجبنا عليه جميع القيمة حال كونه حيا باعتبار حالة التلف قيل هذا
عندهما وعند محمد يجب قيمة ما بين كونها مضروبة الى كونها غير مضروبة
يعني يجب تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمتها غير مضروبة الف درهم وقيمتها
مضروبة ثمانمائة درهم يجب على الضارب مائتا درهم وهذا لان العتق
قاطع للسراية على ما سيأتي في جناية المملوك وعليه نظيره انه لو قطع
يد عبد او جرحه فاعتقه المولى ثم مات العبد يجب عليه ارش اليد او الجرح
وما نقص من قيمته الى العتق ولا كفارة في الجنين وقال الشافعي يجب فيه
الكفارة لانه نفس من وجه فيجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها
معنى العقوبة لانها شرعت زاجرة وفيها معنى العبادة ايضا لانها تتأدى
بالصوم وقد عرف وجوبها في النفوس المطلقة فلا نتعداها لان العقوبة
لا يجري فيها القياس وقول الشافعي متناقض لانه اعتبره جزء حتى اوجب
عليه عشر قيمة الام كما تقدم من قبل وهنا اعتبره نفسا حتى اوجب فيه
الكفارة لان الاعضاء لا كفارة فيها والمستبين بعض خلقه كتام الخلق
في جميع الاحكام المذكورة وان شربت المرأة دواء او عالجت فرجها
لطرح جنينها فالغرة على عاقلتها ان فعلت بلا اذن ابيه اي اب الجنين وان
فعلت باذنه فلا يجب شئ لانها اتلفته متعدية عند عدم اذن ابيه فيجب عليها
ضمانه لابيه وتتحمل عنها عاقلتها ولا ترث المرأة من الغرة شيئا لانها قاتلة
بغير حق والقاتل لا يرث بخلاف ما اذا فعلت باذن الزوج لا يجب شئ لعدم

التعدي منها **باب ما يحدث في الطريق** من احدث في طريق العامة
كنيفا وهو المستراح او ميزابا وهو مجرى الماء يركب في الحائط على السطوح
او جرصنا قيل هو البرج وقيل جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه
او دكانا وسعه ذلك اي جاز احداث هذه الاشياء لانه تصرف فيما له فيه
حق التصرف لكنه لا مطلقا بل ان لم يضرهم اي بالعامة مسلما او ذميا ممن
له حق المرور في ذلك الطريق وان اضرهم لا يجوز له احداثه لقوله عم
لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولكل منهم اي من العامة مسلما او ذميا ذكرا
او انثى نزعه اي نقضه لان كل منهم صاحب حق بالمرور فيه بنفسه وبدوابه
واعلم ان الكلام في هذه المسئلة في ثلثة مواضع احدها في انه هل يحل
له احداثه في الطريق ام لا والثاني في الخصومة في منعه من الاحداث
فيه ورفعه بعد الاحداث والثالث في ضمان ما يتلف بهذا الاحداث
اما الاول فقد قالوا ان كان الاحداث يضر باهل الطريق ليس له احداثه
وان كان لا يضرهم لسعة الطريق جاز له ذلك ما لم يمنع منه وان منع منه
فلا وهكذا ذكره في الزيلعي نقلا عن شمس الائمة واما الثاني فقد اختلفوا فيه
فقال ابو حح لكل واحد من عرض الناس ان يمنعه من الوضع وان يكلفه بالرفع
سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا وضع بغير اذن الامام لافتياته على رايه
لان التدبير في امور العامة الى الامام وقال ابو يوسف لكل احد ان
يمنعه من الوضع قبل الوضع لا بعده لانه بالوضع صار في يده خاصة
والذي يخاصمه بعد ذلك يريد ابطال حقه الخاص من غير دفع ضرر عن
نفسه فيكون متعنتا ولا كذلك قبل الوضع لانه ليس فيه ابطال يده الخاصة
ولكل احد يد فيه والذي يريد الاحداث يقصد ابطال ايديهم وابطال
يده الخاصة فكان لكل احد ان يمنعه من ذلك وقال محمد ليس لاحد ان يمنع
قبل الوضع ولا بعده واذا لم يكن فيه ضرر بالناس لانه ماذون له في احداثه
شرعا الا ترى انه يجوز له ذلك ان لم يمنعه احد والمانع منه متعنت فلا يمكن
من ذلك فصار كما لو اذن له الامام بل اولى لان اذن الشارع فوق اذن الامام

وقال اسمعيل الصفار وانما يخاصمه بالنقض والرفع من لم يكن له مثل ذلك
وان كان له مثل ذلك فلا يلتفت الى خصومته لانه لو اراد ازالة الضرر عن المسلمين
لبدا بنفسه وحيث لم يزل ما في قدرته علم انه متعنت فكلام المص ظاهر
في قول ابي حح لكنه لا بد فيه من قيد الوضع بغير اذن الامام واما الثالث
فسيأتي بيانه في الكتاب وفي الطريق الخاص وذلك بان تكون سكة
غير نافذة لا يسعه اي لا يجوز احداث شيء مما ذكر من الكنيف والميزاب
والجرصن بلا اذن الشركاء وان وصلبه لم يضر لان هذا الطريق ملك
لاهله وهم الشركاء ولهذا يستحقون بها الشفعة والتصرف في الملك
المشترك من الوجه الذي لم يوضع له لا يملك الا باذن الكل اضرهم او لم يضر
بخلاف طريق العامة لانه ليس لاحد منهم فيه ملك بل لكل واحد منهم حق
الانتفاع فيجوز الانتفاع به ما لم يضر باحد اهل هذا الطريق اذا ارادوا
ان ينصبوا على راس سكتهم دربا ويسدوا راس السكة ليس لهم ذلك
لان مثل هذه السكة وان كانت ملكا ظاهرا لهم لكن للعامة فيها نوع حق ايضا
وهو انه اذا ازدحم الناس في الطريق كان لهم ان يدخلوا في تلك السكة
حتى يخف الزحام ذكره في نوادر ابن رستم وقد ذكرنا ما يتعلق بهذا في
اخر كتاب القضاء وعلى عاقلته اي على عاقلة من احدث في الطريق كنيفا
او ميزابا او جرصنا دية من مات بسقوطها اي سقوط هذه الاشياء فيها
اي في طريق العامة وفي الطريق الخاص يحتمل ان يكون ظرفا مستقرا وان يكون
ظرفا لغوا للسقوط وهذا لان المحدث فيها متسبب لهلاكه متعد في احداث
ما يضر بالعامة والخاصة فيضمن دية من مات به وكذا لو عثر اي سقط
بنقضه اي بنقضها احدث فيه انسان فعلى عاقلة المحدث ديته لما ذكرناه
وان وقع العاثر على اخر فماتا فالضمان اي ديتهما على من احدث لان الواقع
كالمدفوع من جهة المحدث على الاخر وان اصابه طرف الميزاب الذي في
الحائط فلا ضمان على من احدث لانه وضع ذلك في ملكه فلا يكون متعديا
في وضعه وان اصابه الطرف الخارج عن الحائط ضمن الواضع فيعقل عنه

عاقلته لانه متعد فيه لشغل هواء الطريق كمن حفر بئرا او وضع حجرا في الطريق
فتلف به انسان فديته على عاقلته فكذا ما نحن فيه وان اصابه وسطه يضمن
ايضا كذا في البزازية وان اصابه الطرفان وعلم وجب النصف وهدر النصف
فضمنا وكذا اذا جرحه سبع وانسان ومات منهما وان لم يعلم اي طرف اصابه
ففي القياس لا يجب عليه شيء لانه ان اصابه ما كان خارجا يضمن وان
اصابه ما كان داخلا لا يضمن فلا يضمن بالشك لان فراغ ذمته كان ثابتا
بيقين وفي الشغل شك واليقين لا يزول بالشك وفي الاستحسان
يضمن النصف لانه في حال يضمن الكل وفي حال لا يضمن شيئا فيضمن النصف
وان تلف به بهيمة فضمانها اي البهيمة في ماله اي لا على العاقلة لان العاقلة
تتحمل النفس دون المال والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق كوضع الحجر في
الحكم المذكور حتى لو تلف به انسان فديته على عاقلة الملقي ولو تلف به البهيمة فضمانها
في ماله وهذا كله اذا فعله بلا اذن الامام فان فعل شيئا من ذلك من
احداث الكنيف والميزاب وحفر البئر ووضع الحجر والقاء التراب واتخاذ الطين
في الطريق باذنه فلا ضمان لانه صار ما فعله فيه من له ولاية الاذن
فلم يكن متعديا وكذا لا ضمان اذا فعل شيئا من ذلك في ملكه لعدم التعدي
ايضا وكذا اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان كما سياتي ذكره
ولو مات الواقع في البئر جوعا او غما اي الخناق بعفونة الهوى وفي الصحاح
يوم غم اذا كان يأخذ النفس من شدة حره فلا ضمان على حافره وان وضعه
بلا اذن الامام وعند محمد عليه الضمان وكذا عند ابي يوسف في الغم لا
في الجوع لانه لا سبب للغم سوى الوقوع في البئر واما الجوع وكذا العطش
فلا يختص بالوقوع في البئر لجواز ان يكون له سبب اخر فلا يضاف لسبب
التلف فلا يضمن به ولمحمد ان الموت حصل بسبب الوقوع فيه ولولا ذلك لتناول
الخبز والماء فيضمن مطلقا ولابح انه مات بمعنى في نفسه والضمان انما
يجب اذا مات من الوقوع فيه لا لمعنى في نفسه وان وضع في الطريق
حجرا فنحاه اخر عن موضعه فضمان ما تلف به من النفس او المال على الثاني اي المنحي

لان

لان فعل الاول قد انفسخ بفعل المنحي لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني
موضع اخر فالضمان على الثاني ولو اشرع جناحا في دار اي الى الطريق ثم
باعها اي الدار فضمان ما تلف به من النفس او المال عليه اي على البائع اي
صاحب الدار لان فعله وهو اشراع الجناح لم ينفسخ بزوال الملك وهو الموجب
للضمان لكن ان اتلف به انسان فعلى عاقلته وان تلف به مال فالضمان في ماله
لما تقدم ان العاقلة لا يعقل عنه المال وانما يعقل النفس وكذا لو وضع خشبة
في الطريق ثم باعها اي الخشبة وبرئ اي البائع منها اي من الخشبة الى
المشتري فتركها اي الخشبة المشتري فضمان ما تلف بها اي بالخشبة على البائع
لما ذكرناه من ان فعله لم ينفسخ بزوال ملكه نظيره حفر بئرا في الطريق ثم
كبسها بالطعام ثم جاء اخر وحفرها باخراج الطعام عنها فوقع فيه انسان
وتلف يضمن الاول لا الثاني لان بالكبس الثاني لم ينفسخ فعل الاول ولم يزل
عنها اسم البئر الا ترى انه يقال بئر مطموس الطعام وكذا لو حفر ثم غطى راسه
ثم جاء اخر وفتحها فوقع فيه انسان وحيوان فالضمان على الاول لا على الثاني
لما ذكرناه بخلاف ما لو حفر بئرا ثم كبسها بتراب او باجزاء الارض ثم جاء اخر
وحفرها فوقع فيه انسان وتلف فالضمان على الثاني لان فعل الاول قد انفسخ
بالكبس باجزاء الارض ثم المراد بالطريق طريق العامة لان الطريق الخاص لكل
واحد من اهله وضع الخشبة فيه لما في البزازية عن الامام اذا كان الطريق
غير نافذة لكل احد وضع الخشبة وربط الدابة اما لو حفر او بنى فيها فعطب به
شيء يضمن كالدار المشتركة بين الشركاء يضمن بحفر البئر لا بالحفر فيه وعدم
لزومه بوضع الخشبة لكن المشايخ فرقوا بينهما في لزوم ضمان النقصان
بالحفر فانهم قالوا لو حفر في الدار المشتركة يضمن ما نقصه الحفر لان الدار
مملوكة لهم على الحقيقة يبيعونها ويقسمونها ولو حفر في الطريق الخاص اي
السكة الغير النافذة لا يضمن ما نقصه الحفر وانما يضمن ما تلف بالحفر انسانا
او مالا كذا في البزازية والزيلعي ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا
ضمنه لانه متعد فيه ولو احرق بعدما حركته اي عين الجمر لانه لو بقي العين

يضمن سواء حركت الشرارة او لم يتحرك الريح الى موضع اخر لا يضمن ان كانت الريح
ساكنة عند وضعه لان الريح يستبهج فعله بالتحويل الى موضع اخر بخلاف ما اذا لم تكن
الريح ساكنة عند وضعه فانه يضمن وان حولته الريح الى موضع اخر لانه فعل
ذلك مع علمه بعاقبته لان الريح لا يخلو عن التحويل وقد افضى اليه فيضمن كما اذا
باشره بنفسه هذا التفصيل مختار بعض مشايخنا وبعضهم اطلق الجواب
ولم يقيد بكون الريح ساكنة عند وضعه في العادى من وضع في طريق
لا يملك شيئا فعثر به ماله وهلك فعليه ضمانه ولو زال ذلك الشيء عن موضعه
الى موضع اخر لا يؤخذ الواضع بما تولد منه والاصل في جنس هذه المسائل
ان يقول كل موضع كان للواضع فيه حق الوضع لا يضمن على كل حال اذا تلف بذلك
الوضع شيء سواء تلف به وهو في مكانه او بعد ما زال عن مكانه وفي كل
موضع لم يكن للواضع فيه حق الوضع اذا عطب بالموضوع فيه شيء ان عطب
والموضوع في مكانه لم يزل يضمن الواضع وان عطب بعد ما زال الموضوع عن
مكانه ان زال بمزيل بحوان وضع جمرة في الطريق فهبت الريح وازالها عن
مكانها فاحرقت شيئا لا يضمن الواضع وان كان الزوال عن الموضع لا بمزيل
بان وضع جمرة في الطريق ثم جاء اخر ووضع جمرة اخرى في الطريق فتدحرجت
احديها على الاخرى فانكسرتا قال ابو يوسف يضمن كل واحد منها قيمة جمرة
صاحبه وعنه في رواية انه يضمن صاحب الجمرة القارة في موضعها
قيمة الجمرة التي زالت عن موضعها لما ذكر من انه اذا زال عن موضعه لا ضمان
فيه واذا ثبت في مكانه يضمن وان دحرجها الريح ونحاها عن مكانها فعطب
بها شيء لا يضمن صاحب الجمرة المدحرجة بخلاف ما لو تدحرجت بنفسها
هكذا ذكره قاضي ظهير في فتاواه وقال فيها ايضا انه لا ضمان على الذي
تدحرجت جمرته لان جنايته قد زالت وبرئ عن الضمان وان انكسرت
الجمرة المدحرجة يضمن قيمتها صاحب الجمرة القارة لبقاء جنايته وفي فتاوى
النسفي سئل عمن اوقد نارا في ملك غيره بغير اذنه فتعلقت النار الى
كدس حنطة او شيء اخر فاحرقته هل يضمن قال لا ولو احرقت شيئا في المكان الذي

اوقد

اوقد فيه ضمن ولو اوقد النار في ارض نفسه فتعدت الى ارض غيره فاحرقت
شيئا لا يضمن بخلاف ما لو اسال الماء الى ارض نفسه فسال الى ارض غيره
واتلف شيئا ضمن والفرق بينهما ان طبع النار الخمود والتعدي انما يكون
بفعل الريح ونحوه فلم يضف التلف الى فعل الموقد فلم يضمن ومن طبع الماء
السيلان فاضيف السيلان والاتلاف الى فعله فيضمن ومن مشايخنا
من فصل الجواب فقال ان اوقد النار في يوم الريح وهو يعلم ان الريح هبت
بها الى مال غيره فتلفه يضمن وان اسال الماء الى ارض نفسه وهو يعلم ان
ارضه لم تحتمل ذلك يضمن لكن اصحابنا اطلق الجواب كما ذكرناه انتهى هكذا
في العادي وذكر فيه ايضا تفصيل اخر في هذه المسئلة حيث قال
وفي التجريد البرهاني اوقد نارا في داره واحرقت دار جاره بالسراية
ان اوقد نارا يوقد مثله لا يضمن والا يضمن هكذا ذكره شيخ الاسلام وذكر
شمس الائمة السرخسي انه لا يضمن مطلقا بلا تفصيل لانه في ملكه ثم ذكر
تفصيله في هبوب الريح وقال سئل صاحب المحيط عن مزارع اوقد
نارا في ارضه المملوكة له في يوم الريح ليسخنه فاحترق الحشيش وسرت
النار الى الاكداس فاحترقت هل يضمن الموقد اجاب بانه ان كانت الريح
وقت الايقاد ريحا يذهب مثلها مثل تلك النار الى تلك الاكداس يضمن والا
فلا وذكر قاضي ظهير ولو مر بنار في ملكه او ملك غيره فوقعت شرارة منها
على ثوب انسان فاحرقت قال محمد بن الفضل يضمن لانه لم يتخلل بين حمل النار
والوقوع على الثوب واسطة ليكون مضافا الى تلك الواسطة حتى لو طارت
الريح بشرر من النار فالقتها على ثوب انسان لا يضمن لانه غير مضاف اليه
بل الى الريح هكذا ذكره في النوادر عن ابي يوسف وقال بعض مشايخنا
هذا التفصيل فيما اذا مر بالنار في موضع ليس فيه حق المرور وان مر بها
في موضع له حق المرور فوقعت منها شرارة في ملك انسان واحرقته
او القاها الريح لا يضمن مطلقا وذكر الناطفي حدادا يجلس في دكانه
فاتخذ في حانوته كيرا يعمل به والحانوت الى جانب طريق العامة فاخرج

حديدة من كيره ووضعها على مطرقة فتطاير شرارة فقتل رجلا او فقاء عين انسان
او احرق شيئا او قتل دابة كان ضمان ما تلف بذلك من المال على الحداد
ودية القتيل واعين يكون على عاقلته ولو لم يدق الحداد ولكن حملت الريح
كان ذلك هدرا ويضمن من حمل شيئا في الطريق ما تلف بسقوطه سواء
كان التلف بالوقوع او العثرة به بعد الوقوع لان حمل المتاع في الطريق
على ظهره او راسه مباح لكنه مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الهدف او الصيد
وكذا اي يضمن من ادخل حصيرا او قنديلا او حصاة الى مسجد غيره بلا اذن
فعطب به اي بسقوط شيء منها احد لان فعله بذلك في مسجد غيره بلا اذن
واحد من اهل ذلك المسجد وان كان مباحا الا انه مقيد بشرط السلامة
بخلاف فعله بذلك في مسجد حيه فانه مباح مطلق غير مقيد بشرط السلامة
لان تدبير مسجد حيه لاهله وهو من اهله ايضا فلا يضمن فيه هذا عند
الامام خلافا لهما قالا لا يضمن مطلقا سواء كان مسجد حيه او مسجد غيره
لان هذا قربة ولكل احد اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن
واحد من اهل ذلك المسجد ولو ادخل هذه الاشياء الى مسجد حيه وتلف
بسقوطه شيء لا يضمن اجماعا لانه مباح مطلقا لكونه ما دونا فيه فلا ضمان
وكذا لا يضمن لو تلف شيء بسقوط رداء هو اي المتلف لابسه اي الرداء
قيد باللبس لانه ان كان حامله فسقط على انسان فعطب به انسان
ضمن والفرق بينهما ان حامل الشيء يقصد حفظه فلا حرج في التقييد
بوصف السلامة فيصير مقيدا به بخلاف اللابس فانه لا يقصد حفظه
فلو قيدناه بوصف السلامة لزم الحرج فجعل مباحا مطلقا ومن جلس في
المسجد غير مصل فعطب به احد بان سقط عليه اعمى فتلف ضمنه لانه متعد
في جلوسه لانه انما بني للصلوة هذا عند الامام خلافا لهما قالا لا يضمن لما
ذكر في الخلاف السابق قيده بغير مصل لان من جلس مصليا لا يضمن
بالاجماع كما سيصرح به ولا فرق في لزوم الضمان بين جلوسه لاجل
الصلوة يعني منتظرا لها او للتعليم اي لتعليم القران او الحديث او الفقه وغيره

من

754

من العلوم الدينية او يقرا القران او نام فيه في اثناء الصلوة وبين ان يمر فيه
او يقعد للحديث يعني لا اخذ الحديث والا فيدخل في عموم قوله او للتعليم
ولا بين مسجد حيه وغيره يعني يضمن في كلها من يمر فيه عند الامام وقالا
لا يضمن كذا في الهداية قيل هذا الخلاف اختيار بعض مشايخنا وقال بعضهم لا
خلاف في المسئلة بل لا ضمان بالاتفاق وهو اختيار ابو عبد الله الجرجاني
واما المعتكف فقيل على هذا الخلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف وفي الجالس مصليا
لا يضمن اجماعا وان وصل به من غير اهله لانه بني للصلوة فلا يكون متعديا
في جلوسه مصليا فرضا كانت الصلوة او نفلا ولو استاجر رب الدار عملة
لاخراج الجناح او الظلة فتلف به شيء فالضمان عليهم ان كان قبل فراغ عملهم
لان التلف كان بفعلهم لان العمل لم يكن مسلما الى رب الدار قبل فراغهم منه فانقلب
فعلهم قتلا حتى وجب عليهم الكفارة ويحرمون من الارث بخلاف ما تقدم من
اخراج الجناح او الميزاب الى الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا يجب
فيه الكفارة ولا يحرم الارث لانه تسبب وهذا مباشرة والقتل غير داخل
في عقده فلم يستند فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان كان بعده فعليه اي
على رب الدار وهذه المسئلة على وجوه وهي ان المستاجر اما ان يقول
للعملة اي الاجراء اخرجوا جناحا او ظلة على فناء داري فان كان لي حقا في
ذلك اي في اخراج الجناح ولم يعلم الاجراء غير ما قال ففعلوا بامره فسقط
ذلك الشيء واصاب شيئا قبل الفراغ او بعده فالضمان عليهم ويرجعون
به على الامر قياسا واستحسانا لان الضمان وجب بامره فلهم ان يرجعوا
به عليه كما لو استاجر ليذبح شاة له ثم استحقت الشاة بعد الذبح فللمستحق
ان يضمن الذابح ويرجع به الذابح على الامر او يقول لهم اخرجوا جناحا على فناء داري
واخبرهم ان لا حق له في ذلك او لم يخبرهم ففعلوا فسقط واتلف شيئا
قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان ولم يرجعوا به على الامر قياسا واستحسانا
وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك في القياس لانه امرهم بما لم يملك
مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستاجر

كما لو استأجر ليذبح شاة جاز له فذبح ثم ضمن الذابح للجار ولم يرجع به على الآمر
وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث ان
الفناء مملوك له من وجه على معنى انه مباح له الانتفاع بشرط السلامة
غير صحيح من حيث انه غير مملوك له من حيث لا يجوز بيعه فمن حيث الصحة يكون
قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان
على العامل قبل الفراغ منه عملا بهما واظهار جهة الصحة بعد الفراغ من
الفراغ من العمل اولى من اظهارها قبل الفراغ لان الامر انما صح من حيث انه
يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل
كذا في العناية والزيلعي وكلام المص هنا ظاهر فيما اذا قال لهم اخرجوا
جناحا على فناء داري ولم يخبرهم ان لا حق لهم في الاخراج وكلامه في
آخر هذا الباب في مسئلة استيجار الحافر في غير فنائه يشير الى
هذا التفصيل ويضمن من صب الماء في الطريق العام ما عطب به من
الانسان او الحيوان وكذا ان رشه اي الماء بحيث يزلق على صيغة المجهول
او توضأ به واستوعب الطريق وهذا لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة
ومتسبب به فيضمن وان فعل شيئا من ذلك يعني الصب والرش والتوضأ
في سكة غير نافذة وهو من اهلها اي من اهل هذه السكة او قعد فيها
اي في هذه السكة او وضع متاعه لا يضمن في هذه الصور لان لكل
واحد من اهل هذه السكة ان يفعل ذلك لكونه من ضرورات السكنى
كما في الدار المشتركة فلم يكن متعديا وكذا اي لا يضمن ان رش ماء لا يزلق
عادة اي ماء قليلا او رش بعض الطريق فتعمد المار المرور عليه اي على موضع
صب فيه الماء لانه ليس بمضطر في المرور عليه لوجدانه موضعا لا اثر فيه
للماء فيضاف التلف اليه لا الى الراش بخلاف ما اذا استوعب الماء الطريق
لانه مضطر في المرور عليه فلا يضاف التلف الى المار بل الى الراش ووضع
الخشبة في الطريق كالرش في استيعاب الطريق وعدمه فان استوعبت
الخشبة الطريق يضمن ما تلف به وان لم يستوعب فلا ضمان وان رش فناء حانوت

باذن

باذن صاحبه وهلك به شيء فالضمان على الآمر استحسانا كما لو استأجره ليبني
له في فناء حانوته فتلف به اي بالبناء شيء بعد فراغه فان الضمان فيه
على المستأجر على ما بيناه من قبل فكذا في رش فنائه باذنه ولو كان
امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لا على المستأجر لفساد
امره لانه امره بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد امره لعلمهم بانه
لا حق له بالبناء في طريق العامة ولو كنس الطريق لا يضمن ما تلف بموضع
كنسه لانه ليس بمتعد في فعله فانه ما احدث شيئا فيه وانما قصد دفع
الاذى عن الطريق ولو جمع الكناسة في الطريق وتلف به انسان او دابة
ضمن ما تلف لانه صار متعديا بشغله الطريق ولا ضمان فيما تلف بشيء فعل
صفه شيء في الملك لعدم التعدي فيه او في فناء له فيه حق التصرف
بان لم يكن الفناء للعامة ولا مشتركا لاهل سكة غير نافذة لانه اذا كان
للعامة او مشتركا بين اهل سكة غير نافذة يضمن ما تلف به لانه مسبب
متعد وقال في الهداية وهذا صحيح واختلف في معنى الفناء قيل الفناء
سعة امام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما اعد لحوائج الدار
كربط الدابة وكسر الحطب وان استأجر من حفر له في غير فنائه يعني
بان كان الفناء للغير او طريقا للعامة لكنه غير مشهور فحفر له وتلف
به شيء فالضمان على المستأجر ان لم يعلم الاجير انه غير فنائه ولا شيء على
الاجير وهذا لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعلم انه غير فنائه فنقل
فعله الى المستأجر فيضمن هو وكان الاجير مغرورا من جهته فلا شيء عليه
لكونه مغرورا وصار هذا كما اذا امر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان
الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المامور اي الذابح ويرجع على الآمر لان
الذابح مباشر والآمر مسبب والمباشر مقدم على المسبب فيضمن الذابح لمباشرته
ثم يرجع على الآمر للغرور من جهته وههنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء
لان كل واحد منهما مسبب لا مباشر والاجير غير متعد والمستأجر متعد
فيرجح جانبه فيضمن هو وان علم الاجير انه غير فنائه فعلى الاجير لانه لم يغتر

امره بما ليس بمملوك له فلا ينقل فعله الى المستاجر وليس بمغرور من جهته لعلمه
بانه غير فنائه فبقي الفعل مضافا اليه فيضمن هؤلاء المستاجر فان قيل ما الفرق
بين هذه المسئلة والمسئلة المتقدمة اعني الامر باشراع الجناح فان الاجير
هناك اذا لم يعلم ضمن ويرجع على المستاجر وهنا اذا لم يعلم لم يضمن اصلا
بل يضمن المستاجر اجيب بان اشراع الجناح كذبح الشاة اذ ظهر استحقاقها
في كونها مباشرة كذا في العناية وان قال المستاجر هو فنائي وليس لي
فيه حق الحفر فحفر ومات فيه انسان او دابة فالضمان على الاجير قياسا
وعلى المستاجر استحسانا لان كونه فناء داره بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق
يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب فيها
وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى انطلاق يده
في هذه التصرفات فكفى ذلك في نقل فعل الاجير الى المستاجر فيضمن
هؤلاء الاجير وجه القياس ان الاجير علم بفساد الامر فلم تصح الاجارة
وليس بمغرور من جهته لعلمه فيضمن ومن بنى قنطرة او جسرا بغير اذن الامام
فتعمد احد المرور عليها فعطب فلا ضمان على الباني لانه مسبب وعامد المرور
مباشر فيضاف التلف الى المباشر لا الى المسبب اطلق فشمل انواع النهر وهو
ثلثة نهر مملوك ونهر خاص لاقوام مخصوصين ونهر عام فلو وضع قنطرة
او جسرا على نهر مملوك له فتلف به شيء لا ضمان عليه لانه ليس بمتعد وان وضع
على نهر خاص لاقوام مخصوصين فمر احد عليها وهلك بالتعلق بها او الخسف
فان تعمد المرور عليها لا ضمان على الواضع لما ذكرناه وان لم يعلم المار به ضمن
كواضع الحجر او الخشب او الحديد في طريق المسلمين فمر به دابة بلا سوق احد
يضمن وعلى قياس مسئلة الرش في الطريق اذا لم يجد المار طريقا غيرها
يضمن الواضع وان تعمد المرور عليها وان وضعها على نهر العامة فالجواب كذلك
في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا يضمن كما اذا وضع القنطرة على نهر
العامة باذن الامام كذا في البزازية ثم قال فيها ايضا بنى على نهر جسرا او
قنطرة بلا اذن الامام فمر عليها رجل عمدا فعطب فلا ضمان على الباني هذا اذا كان

النهر

النهر مملوكا للثاني لا اشكال وان كان النهر لعامة المسلمين فتعمد المشي عليها فكذلك
لا ضمان على الباني وان لم يتعمد بان كان اعمى او مر ليلا فيضمن لو بلا اذن الامام
وان باذن الامام لا يضمن لانه محسن وما على المحسنين من سبيل وذكر
شيخ الاسلام في النهر الخاص بين قوم مخصوصين لو وضع قنطرة بلا اذن
فمر عليها رجل او دابة عمدا وانخسفت لا يضمن لان هلاكه يضاف الى مروره لا
الى اتخاذ القنطرة **فصل** في احكام الحائط المائل ان مال حائط
الى طريق العامة وكذا الى طريق الخاصة وهو من قبيل الاكتفا فطولب ربه
بنقضه بلفظ يفهم منه طلب النقض مثل ان يقول ان حائطك هذا مخوف
او مائل فاهدمه حتى لا يسقط فيتلف شيئا او اهدمه فانه مائل من مسلم
او ذمي ذكر او انثى حر او مكاتبا لان لهم حق الطلب لحق المرور لهم في ذلك
الطريق واشهد ربه عليه اي على النقض بان تكلم باللفظ المذكور بحضرة الشهود
او يقول اشهدوا اني تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا واما لو قال
لرب الحائط ينبغي لك ان تهدمه فليس هذا بطلب ولا اشهاد وان كان بحضرة
الشهود بل هو مشورة واعلم ان الشرط هنا هو طلب النقض لا الاشهاد حتى
لو اعترف صاحبه انه طولب بنقضه وجب عليه الضمان فان لم يشهد عليه
وانما الاشهاد ليتمكن من اثباته عند جحوده الطلب او جحود عاقلته فكان الاشهاد
من باب الاحتياط كالاشهاد على طلب الشفعة لا من باب الاشتراط لصحة الطلب
كالاشهاد في عقد النكاح فانه شرط لصحة النكاح فلم ينقضه في مدة
يمكن نقضه فيها فتلف به نفس او مال ضمن عاقلته النفس وهو اي رب
الحائط المال لان العاقلة تتحمل النفس تخفيفا عنه كيلا يؤدي الى الاستيصال
لا المال فضمان المال في ماله لكن قال محمد لا تتحمله العاقلة حتى يشهد الشهود
على ثلثة اشياء على التقدم اليه في النقض وعلى انه مات بالسقوط عليه
وعلى ان الدار له لان اقراره لا يكون حجة على العاقلة والملك الثابت بظاهر اليد
لا يصلح حجة للاستحقاق ثم لزوم الضمان هنا جواب الاستحسان والقياس
ان لا ضمان اصلا وهو قول الشافعي لانه لم يوجد منه صنع هو تعد لا مباشرة علة

ولا مباشرة سبب لان البناء كان في ملكه مستقيما والميلان وشغل هواء الطريق
ليس من فعله فلا يضمن كما لو لم يشهد عليه ووجه الاستحسان مروي عن
علي وشريح والنخعي والشعبي وغيرهم من ائمة التابعين ولان الحائط لما مال
فقد اشغل هواء الطريق بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه احد من له
حق الطلب من المسلم او الذمي ذكرا او انثى حرا او مكاتبا لا صبيا او عبدا محجورين عليهما
او مجنونا ان ليس عليهم حق الطلب هو طولب بتفريغه لزمه تفريغه فاذا امتنع عنه
مع التمكن منه صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا
بالامتناع عن تسليمه بعد الطلب حتى يضمن بهلاكه في يده بخلاف ما قبل
الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان
يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذر الوقوع عليهم فيتضررون بذلك ودفع
الضرر العام واجب وله تعلق بالحائط لانه ملكه فتعين لدفع هذا الضرر
وكم من ضرر خاص يجب تحمله لدفع الضرر العام كالرمي الى الكفار وان تترسوا
باسارى المسلمين والتقدم في الدواب كما تقدم في الحائط المائل حيث
قال في ضمانات العادية رجل له كلب عقور كلما مر عليه ما يعضه فعضه
فعض انسانا هل يجب عليه الضمان ان تقدموا في صاحب الكلب قبل العض
يضمن وان لم يتقدموا فيه قبل العض لا يضمن بمنزلة الحائط المائل انتهى وكذا
اي يجب النقض لو طولب به اي بالنقض من يملك نقضه كاب الطفل ووصيه
او جده او امه عند عدم الاب والوصي فان لهما ولاية التصرف في مال الصغير
عند عدم الاب والوصي والجد مذكور في الزيلعي وكلام في الهداية وهذا لان
التقدم الى هؤلاء كالتقدم الى الصغير بعد البلوغ ولو تقدم اليه بعد البلوغ
وجب عليه النقض فكذا لو تقدم الى هؤلاء لان لهم ولاية التصرف في
مال الصغير اعترض عليه بانه لو كان كذلك لما هدر القتيل بسقوط
الحائط اذا بلغ الصبي بعد التقدم الى الاب او الوصي واجيب عنه في العناية
بان التقدم اليهما جعل كالتقدم الى الصغير ما دامت ولايتهما باقية عليه وقد
زالت بالبلوغ وصار كان التقدم لم يوجد في حق الصغير ثم ان الاب والوصي

لو تركا الهدم بعد التقدم اليهما كان الضمان في مال الصغير لا في مالهما لانهما
يعملان للصغير في ترك الهدم وينظران له فيكون الغرم في مال الصغير فان
قيل انهما بترك الهدم بعد التقدم اليهما لحقا ضررا بمال اليتيم فكان الواجب
ان يكون الضمان عليهما او يرجع اليتيم في مالهما بعد البلوغ اجيب بان في ترك
الهدم دفع مضرة محققة وهي مضرة مؤنة النقض وبنائه ثانيا وفي النقض دفع
مضرة موهومة لجواز ان لا يسقط وعلى تقدير سقوطه يحتمل ان لا يهلك به
شيء فكان تركه انظر لليتيم فلا يلزم الاب والوصي ضمان الكل في العناية والراهن
يفك الرهن يعني لو تقدم الى الراهن في الدار المرهونة او الحائط المرهون
بالنقض صح التقدم ووجب على الراهن نقضه لانه يملك نقضه بواسطة
فك الرهن والعبد التاجر مديونا كان او لا ولذا اطلقه يعني لو رهن العبد
المأذون له في التجارة حائطا او دارا وتقدم اليه مسلم او ذمي بالنقض وجب
عليه نقضه لان ولاية نقضه له سواء كان عليه دين او لا والتالف
بسقوطه بعد التقدم اليه في رقبته ان كان التالف مالا فيباع فيه كما يباع
في ديون التجارة استحسانا وان كان التالف نفسا فعلى عاقلة المولى
لان الاشهاد عليه اشهاد على المولى من وجه اما اذا لم يكن على العبد دين
فظاهر لان ما في يده من الدار وغيرها للمولى رقبة وتصرفا والعبد
خصم من جهته فقط حتى لو ادعى احد حقا في دار في يده ينتصب خصما له من
جهة المولى واما اذا كان عليه دين فعندهما ظاهر لان المولى يملك ما في يده
ولو كان الدين مستغرقا عندهما وعند ابح ان المولى وان لم يملك ما في يده
اذا كان الدين مستغرقا لكنه احق باستخلاصه بقضاء دينه فعلى التقديرين
العبد كان الاشهاد عليه والتقدم اليه تقدما واشهادا على المولى من وجه
وتقدما الى العبد من وجه فاعتبر في ضمان النفس تقدما الى المولى لان فك
الحجر عنه بالاذن له لم يتناول التزام ضمان الجناية على النفس فبقي محجورا عليه في
حق ضمان الجناية على النفس فيلزم على عاقلة المولى واعتبر في ضمان الاموال
تقدما الى العبد لانه بمنزلة الحر في ضمان الاموال لانه منفك الحجر عنه في الاكتساب

سببه وفي القياس انه يكون ضمان الاموال على المولى ايضا الا انه تركنا استحسانا بهذا
الفرق والمكاتب لان ولاية النقض له لانه من كسبه وان تقدم اليه ولم ينقض
وتلف به شئ فان تلف في حال بقاء الكتابة يجب عليه قيمته لان دفع نفسه
متعذر وان بعد عتقه فعليها قيمته المولى وان بعد العجز عن الكتابة لا يجب على
احد شئ لعدم قدرة المكاتب وعدم الاشهاد على المولى كذا في الزيلعي وهل
يجوز التقدم الى ورثة من له حق النقض ففي الهداية يصح التقدم الى احد الورثة
في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده وقال في العناية
وهذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يضمن احد من الورثة شيئا بعدم
النقض بعد التقدم الى احدهم اما الذى تقدم اليه فلعدم تمكنه من نقضه وحده
فلم يكن التقدم اليه مفيدا واما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يوجد
التعدى منهم في ترك النقض ولا يضمن من اشهد عليه بطلب النقض ان باعه
اى داره بعد الاشهاد وسلمه الى المشترى فسقط وهلك به شئ نفس او مال
لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه منه وقد زال بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان
جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلم يبطل بزواله وسلمه الى المشترى وهكذا في
الهداية ايضا حيث قال وقبضه المشترى لكنه قال في الدرر قبض المشترى
ليس بشرط في سقوط الضمان عن البائع بعد بيعه نقله عن الكافي وهل
يضمن المشترى ففي الهداية انه لا يضمن ايضا لانه لم يشهد عليه فلم يكن متعديا
ولا ان طولب به من لا يملكه اى النقض كالمرتهن والمستاجر والمودع لعدم
قدرتهم على التصرف فلا ضمان على احد من هؤلاء ومن المالك بترك النقض بعد
التقدم الى هؤلاء لان التقدم اليهم غير مفيد وان بناه مائلا ابتداء ضمن ما تلف
بسقوطه وان لم يطالب بنقضه لانه تعدى بالبناء نفسه فصار كما في
اشراع الجناح ونحوه كالكنيف فانه جان فيه بنفس الوضع على طريق المسلمين وان
مال الى دار رجل فالطلب لربها اى الدار او ساكنها لان الحق لهما على الخصوص فيصح
تاجيله وابراؤه لان الحق له على الخصوص ولا يصح التاجيل فيما اى في حائط
مال الى الطريق ولو وصل به من القاضى او المشهد لان الحق لعامة المسلمين المارين

فيه

758

فيه وليس للقاضى ولا لغيره ان يبطل حقهم ولو كان الحائط بين خمسة فاشهد
على احدهم ضمن خمس ما تلف به عند الجح وعندهما نصفه لانه متعد باعتبار ملك
شريكه وغير متعد باعتبار ملكه فاعتبر قسمين فانقسم نصفين كما اذا هلك
بجرح الرجل ونهش الحية وعقر الاسد فانه يعتبر قسمين لا ثلثة اقسام كما
تقدم وللامام ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر في الحائط
لان اصل الثقل ليس بعلة لان القليل من الثقل لا يوجب التلف بحال حتى
يعتبر كل جزء منه علة على حدة فيجتمع العلل فاذا كان كذلك يعتبر الكل
علة واحدة فيضاف التلف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر
الملك فيلزم من خمس الدية او خمس قيمة المال المتلف بخلاف الجراحات فان
كل جراحة علة مستقلة بنفسها للتلف صغرت الجراحة او كبرت الا ان
التلف عند المزاحمة يضاف الى الكل لعدم الاولوية فاذا اضيف الى الكل
وبعضها معتبر في اضافة الضمان اليه وهو جرح الرجل وبعضها غير معتبر
وهو جرح الحية والاسد فجعل غير المعتبر شيئا واحدا وان تعدد فلذلك
صار الضمان نصفين فاعتبر احدهما واهدر الاخر فان قيل الواحد من
الشركاء لا يقدر ان يهدم شيئا من الحائط فكيف يصح التقدم اليه اجيب
بانه وان لم يتمكن من هدمه لكنه يتمكن من اصلاحه بوجه وهو المرافعة
الى الحكام وبه يحصل الغرض لان المقصود ازالة الضرر باى طريق كان
ولا يتعين بالهدم وان حفر احد ثلثة في دار هى لهم اى مشترك بينهم بئرا
بغير اذن شريكه او بنى احد ثلثة في دار بينهم حائطا بغير اذن شريكه
ضمن الحافر والبانى ثلثى ما تلف به اى بالبئر والحائط عند الجح وعندهما
نصفه لما ذكرنا من ان الحفر باعتبار ملكه ليس بتعد وباعتبار ملك
شريكه تعد فكانا قسمين فانقسم عليهما نصفين وللجح ما تقدم ايضا من
ان الموت حصل بعلة واحدة وهو العمق المقدر في البئر لان اصل العمق
ليس بعلة لان القليل من العمق لا يوجب التلف بحال حتى يعتبر كل جزء منه
علة على حدة فيجتمع العلل فاذا كان كذلك يعتبر الكل علة واحدة فيضاف

التلف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك فيضمن ثلث قيمة ماتلف
اسنانا اوجبوا انا **باب** جناية البهيمة وعليها والاصل فيه ان
المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من
وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة
بشرط السلامة ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه لا فيما لا يمكن
لان تقييده بالسلامة مطلقا يؤدي الى المنع من التصرف وينسد بابه وهو
مفتوح وعلى هذا الاصل يبتنى المسائل المذكورة في الباب قال يضمن الراكب
على الدابة في طريق المسلمين ما وطئت دابته او اصابت اي هلكت بيدها او
رجلها او راسها او كدمت اي عضت بمقدم اسنانها او خبطت قال في
المصباح خبط البعير الارض ضربها بيده انتهى وهو بالخاء المعجمة وفيه شائبة
التكرار مع الاصابة باليد او صدمت اي ضربت بنفسها قال في المصباح
تصادم الفارسان واصدما اصاب كل واحد الاخر بثقله وحدته انتهى وانما
ضمنها لان الاحتراز عن كل هذه الاشياء ممكن لانه ليس من ضرورات
السير فقيد كلها بشرط السلامة لما تقدم من الاصل فاذا لم توجد السلامة
ضمن وهذا في الطريق ولو حدثت هذه الاشياء في ملكه لا يضمن شيئا
من ذلك الا الايطاء وهو راكبها لان الايطاء حال الركوب مباشرة لانه
قتله بفعله حتى يحرم عن الميراث وتجب عليه الكفارة وغير الايطاء تسبيب
وفي التسبيب يشترط التعدي فصار كحفر البئر في ملكه وفي المباشرة
لا يشترط التعدي ولو حدثت في ملك غيره فان كان باذن مالكه فهو كما
لو كان في ملكه وان كان بغير اذنه فان دخلت الدابة من غير ان يدخلها
هو ولم يكن هو معها ايضا لا يضمن شيئا وان ادخلها هو ضمن الجميع سواء
كان هو معها او لم يكن لوجود التعدي بالادخال والملك المشترك كملكه
فيما ذكرنا لان لكل احد من الشركاء السير والايقاف فيه وباب المسجد
كالطريق في الايقاف فلو جعل الامام موضعا لوقوف الدواب عند باب
المسجد فلا ضمان فيما حدث من الوقوف به وكذلك ايقاف الدواب في سوق

الدواب لانه ماذون له من جهة السلطان وكذلك الفلاة وطريق مكة اذا
اوقف في غير المحجة لانه لا يضر بالناس فلا يحتاج فيه الى الاذن اما المحجة
فهي كالطريق فيضمن فيه وكذلك لو اوقفها في باب السلطان يضمن
كما في الطريق لا ما نفحت بالحاء المهملة برجلها اي ضربت بها قال في
المصباح نفحت الدابة نفحا ضربت بحافرها او ذنبها اي لا ضمان في النفح
بها لعدم التعدي منه لعدم امكان التحرز عنها فلم يقيد بشرط السلامة الا
اذا اوقفها في الطريق فنفحت برجلها او ذنبها فيضمن للتعدي منه
بالايقاف في الطريق ولا ما عطبت اي هلكت بروثها او بولها في الطريق
سائرة او موقوفة لاجله اي لاجل الروث او البول الجار متعلق بالموقوفة
اي لا ضمان فيه لان سير الدابة لا يخلو من روث وبول فلا يمكن التحرز عنه
فلا يضمن ما تلف به وكذا اذا اوقفها في الطريق للروث والبول لان من
الدواب ما لا يفعل ذلك الا واقفا فلا يمكن التحرز عنه ايضا فلا يقيد بشرط
السلامة فان اوقفها لا لاجله ضمن ما عطب به اي بالروث او البول لانه
متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير وان اصابت
الدابة وهو راكب عليها بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا
او حجرا صغيرا ففقاء عينا لانسان او حيوان او افسد ثوبا لا يضمن
لعدم التعدي منه في ذلك لان التحرز عنه غير ممكن لان سير الدابة
لا يخلو عن ذلك فلا يقيد بشرط السلامة وان كان الحجر المثار كبيرا ضمن
لان التحرز عنه ممكن لان ذلك انما يكون من قلة هداية الراكب فيقيد بشرط
السلامة ويضمن القائد كل ما يضمنه الراكب من الاشياء المذكورة وكذا
السائق في الاصح وقيل قائله القدوري وتبعه بعض المشايخ يضمن
السائق النفحة بالرجل او الذنب ايضا يعني كل شئ يضمنه الراكب يضمنه
القائد والسائق ايضا لانهما مسببان كالراكب فيجب فيهما الضمان بالتعدي
كالراكب وكل شئ لا يضمنه الراكب فهما لا يضمنان ايضا هكذا ذكره اكثر
المشايخ وهو المراد بقوله في الاصح وذكر القدوري وتبعه بعض المشايخ

ان السائق يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها ايضا لان النفحة بمرأى عينه فيمكن
الاحتراز عنه مع السير فيقيد بشرط السلامة بخلاف القائد والراكب فان
النفحة بها ليس بمرأى عينهما بل غائبة عن نظرهما فلا يمكنهما التحرز عنها فلا يقيد
بشرط السلامة ووجه الاصح ان السائق ليس معه على رجل الدابة شيء
يمنعها به عن النفحة فلا يمكن التحرز عنها بخلاف الكدم والصدم وبالجملة ههنا
ان جناية الدواب لا تخلو من اوجه ثلثة لانها اما ان يكون في ملك
صاحبها او في ملك غيره او في طريق المسلمين فان كانت في ملك
صاحبها ملكا كاملا او مشتركا متساويا او متفاضلا فاما ان يكون صاحبها
معها او لا يكون فان لم يكن صاحبها معها لم يضمن صاحبها معها شيئا سواء
كانت الدابة واقفة او سائرة وطئت بيدها او برجلها او نفحت او كدمت
او اثارت حجرا كبيرا وان كان صاحبها معها فاما ان يكون سائقا لها او
قائدا واما ان يكون راكبا عليها فان كان سائقا او قائدا لم يضمن صاحبها
في الوجوه كلها اتلف نفسا او مالا لان صاحبها في هذه الوجوه
متسبب لانفصال اثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة
والمتسبب انما يضمن اذا كان متعديا ولا تعدي في ايقاف الدابة وتسييرها
في ملكه وان كان راكبها راكبا عليها وهو يسير فان وطئت بيدها او رجلها
يضمن وان كدمت او نفحت بيدها او رجلها او ضربت بذنبها فلا ضمان
لان في الوجه الاول صاحب الدابة مباشر بالاتلاف لان ثقله
وثقل الدابة اتصلا بالمتلف فكانهما وطئاه جميعا والمباشر ضامن متعديا
كان او لم يكن وفي الوجه الثاني متسبب غير متعد ولا ضمان على المتسبب
بدون التعدي وان كانت الجناية في ملك غير صاحبها فاما ان ادخلها
صاحبها فيه او لا فان لم يدخلها فيه فلا ضمان عليه على كل حال ليلا او نهارا
لانه ليس بمسبب ولا مباشر وان ادخلها فيه فعليه الضمان على كل حال سواء
كان معها سائقها او قائدها او راكبها او لا واقفة كانت الدابة او سائرة
لان صاحبها اما مباشر او متسبب متعد اذ ليس له ايقاف الدابة وتسييرها

في

في ملك الغير بغير اذنه فيضمن وان كانت في طريق المسلمين وقد اوقفها صاحبها
فعليه ضمان ما اتلف في الوجوه كلها لانه بالايقاف متسبب متعد اذ ليس
له شغل طريق المسلمين بايقاف الدابة فيه وان كانت سائرة فاما ان يكون صاحبها
معها او لم يكن فان لم يكن فاما ان سارت بارساله او انفلتت فان سارت
ضمن ما اتلفت ما لم تتحول عن جهة الارسال يمنة او يسرة لان ارسالها بلا حافظ
سبب للاتلاف وهو فيه متعد وان انفلتت فلا ضمان عليه في الوجوه كلها
وان كان صاحبها معها ضمن ما اتلفت راكبا كان او قائدا او سائقا الا النفحة
بالرجل والذنب لانه اما مباشر او متسبب متعد كذا في العناية ولا كفارة
عليهما اي على القائد والسائق ولا حرمان ارث او وصية بخلاف الراكب فان
عليه كفارة القتل ويحرم عن الميراث والوصية لكن مراده لزوم الكفارة والحرمان
في الايطاء دون غيره اذ لا كفارة على الراكب ايضا في الاصابة بيدها
او رجلها وفي الكدم والخبط والصدم ولا يحرم بها عن الميراث والوصية مثل
القائد والسائق وهذا لان الراكب مباشر في الايطاء لان التلف في الحقيقة
بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه والدابة آلة له والقائد
والسائق مسببان لا مباشران لانه لا يتصل منهما بالمحل شيء وكذلك الراكب
مسبب في غير الايطاء والكفارة وحرمان الارث والوصية حكم المباشرة
لا حكم السبب وان اجتمع الراكب والقائد او الراكب والسائق فالضمان عليهما وقيل
على الراكب وحده لان الراكب مباشر والسائق والقائد مسبب والاضافة الى
المباشر اولى من الاضافة الى المسبب اذا اجتمعا وبه ما اختاره المص على الاضافة
اليهما فيضمنان لان كلا منهما سبب الضمان على الانفراد فكذلك على الاجتماع مع الراكب
ويؤيد هذا ما ذكره محمد في الاصل ان الراكب اذا امر انسانا فنخس المامور
الدابة فوطئت انسانا كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان والناخس
سائق والامر راكب فتبين بهذا انهما يستويان ووقع في الهداية القول
الثاني على ما اختاره المص وقال في الزيلعي وهو الصحيح والجواب عنه ان
المسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان السبب سببا لا يعمل بانفراده في الاتلاف

كما في الحفر مع الالقاء فان الحفر لا يعمل شيئا بدون الالقاء فلا يضمن الحافر مع
الملقي بل الضمان على الملقي وحده واما اذا كان السبب سببا يعمل بانفراده فيشتركان
وما نحن فيه من هذا القبيل فان السوق والقود متلفان منفردا وان لم يكن
على الدابة راكب فيضاف الضمان اليهما معا وان اصطدم فارسان او ماشيان
اي ضرب احدهما الاخر بنفسه فماتا ضمن عاقلة كل واحد منها دية الاخر
وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منها نصف دية الاخر وروي
ذلك عن علي ولان كل واحد منها مات بفعله وفعل صاحبه لان الاصطدام
فعل يقوم بها فيهدر نصفه ويعتبر النصف الاخر كما اذا كان الاصطدام عمدا
او جرح كل واحد منها نفسه وصاحبه او حفرا معا على قارعة الطريق بئرا فانهدم
البئر عليها او وقعا فيه يجب على كل واحد منها النصف فكذا هنا ولنا ان موت
كل واحد منها مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي
في الطريق فلا يعتبر في حق الضمان بالنسبة الى نفسه لانه مباح مطلقا في
حق نفسه ولو اعتبر ذلك لوجب نصف الدية فيما اذا وقع في بئر في قارعة
الطريق لانه لولا مشيه وثقله في نفسه لما سقط في البئر وفعل صاحبه
وان كان مباحا ايضا لكنه مقيد بشرط السلامة في حق غيره فيكون سببا
للضمان عند وجود التلف به وروي عن علي ايضا انه اوجب كل الدية على عاقلة كل
واحد منها فتعارضت الرواية عنه فرجحنا بما ذكرناه او يحمل ما روي عنه انه اوجب
النصف على انها تعمدا ذلك فان في العمد يجب على عاقلة كل واحد منها نصف
الدية ويحمل ما روي انه اوجب كل الدية في الخطاء توفيقا بينهما واما ما استشهد
به من المسائل المذكورة من الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منها نفسه وصاحبه
وحفر البئر في الطريق ففعل كل واحد منها في هذه المسائل محظور مطلقا
فيعتبر في حق نفسه ايضا فيكون قاتلا لنفسه ثم الحكم الذي ذكرناه اعني
وجوب نصف الدية في العمد على عاقلة كل منها وفي الخطاء الدية الكاملة فيما
اذا كانا حرين ولو كانا عبدين يهدر الدم في العمد والخطاء اما في الخطاء
فلان الجناية تعلقت برقبته دفعا او فداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل من

المولى

761

المولى يصير المولى به مختارا للفداء واما في العمد فكذلك لان كل واحد منهما
هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والاخر عبدا ففي
الخطاء يجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد كلها فياخذها ورثة الحر المقتول
ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة عند ابي حنيفة ومحمد لان
على اصلهما ان يجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الادمي فقد اخلف الحر
المقتول بدلا بقدر القيمة فياخذها ورثة الحر ويبطل ما زاد على القيمة
لعدم الخلف فيه اذ لا فعل من المولى يصير به مختارا للفداء وفي العمد
يجب على عاقلة الحر المقتول نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في
العمد وهذا القدر ياخذه ورثة الحر المقتول وما على العبد في رقبته
وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف
القيمة وان تجاذبا حبلا فانقطع فماتا فان وقعا على ظهرهما فهما هدر
لان كل واحد منها مات بقوة نفسه وان وقعا على وجههما فعلى عاقلة كل
واحد منها دية الاخر لان كل واحد منها مات بقوة صاحبه وان اختلفا
بان وقع احدهما على القفاء والاخر على الوجه فدية من على وجهه على
عاقلة من على ظهره ولا دية لمن وقع على ظهره لانه مات بقوة نفسه بخلاف
من وقع على وجهه فانه مات بقوة صاحبه وان قطع الاخر اي قطع انسان
اخر الحبل الذي بينهما فماتا اي المتجاذبان فديتهما على عاقلته اي عاقلة الاخر
وهو من قطع الحبل وان ساق دابة فوقع سرجها او غيره من ادواتها
كاللجام على انسان فمات ضمن لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع عليه
بتقصير منه بترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد عادة
ولانه قاصد لحفظ نحو السرج وغيره من الادوات كما في المحمول على
عاتقه دون اللباس وقد تقدم من قبل فيتقيد بشرط السلامة وكذا
الحال فيما يحمل على الدابة فوقع على انسان فمات ضمن لما ذكر وكذا قائد قطار
القطار بكسر القاف من الابل عدد على نسق واحد والجمع قطر مثل كتاب
وكتب كذا في المصباح وطئ بعير منه انسانا اي ضمن عاقلة القائد الدية

لان القائد يلزمه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه التحرز عنه فصار متعديا
بالتقصير والنفس على عاقلته اي عاقلة القائد والمال في ماله اي مال
القائد لان العاقلة انما تعقل النفس لا المال وان كان مع القائد سائق
فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة
فاستويا في التسبب فيجب على عاقلتهما الدية لكن هذا اذا كان السائق في
جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن هو وحده ما عطب
ما هو خلفه ويضمنان ما تلف ما هو قدامه لان القائد لا يقود ما خلف
السائق لانفصام والسائق يسوق ما يكون قدامه وان ربط بعير على
قطار بغير علم قائده فوطئ به انسان ضمن عاقلة القائد الدية لانه يمكنه
ان يصون قطاره عن ربط غيره به فاذا ترك الصيانة صار متعديا بالتقصير
وهو سبب للضمان وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطاء
ورجعوا اي عاقلة القائد بها اي بالدية على عاقلة الرابط لانه هو الذي
اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء مع ان
كل واحد منها مسبب لان القود بمنزلة المباشرة بالنسبة الى الربط لاتصال
التلف به دون الربط فيجب عليه الضمان وحده ثم يرجع به عليه اطلق
الرجوع على عاقلة الرابط ولم يقيده بتسيير القطار على ما هو كذلك وضع
الجامع الصغير لكن المشايخ قيدوه وقالوا رجوع عاقلة القائد على عاقلة
الرابط اذا ربط الرابط والقطار يسير اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها
القائد فانه يضمنها القائد بلا رجوع على احد لان الرابط حين سير القطار
امر بالقود دلالة واذا لم يعلم القائد ذلك لا يمكنه التحفظ عنه ولكن
جهله لا ينفي وجوب الضمان عليه لتحقق الاتلاف منه وهو الموجب وانما ينفي
الاثم لانه عذر في حق الاثم فيكون قرار الضمان على الرابط بخلاف ما اذا
ربط والابل واقفة فانه يضمن عاقلة القائد بلا رجوع على عاقلة الرابط
لان القائد قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع ما لحقه على
احد غاية الامر انه متعد بالربط والايقاف على الطريق لكنه زال ذلك

التعدي بقود القائد فصار كما لو وضع حجرا على الطريق وحوله غيره عن ذلك
الموضع وكذا اذا علم القائد بالربط لا يرجع عاقلته على احد بما لحقهم من الضمان
لان القائد رضي بذلك والتلف اتصل بفعله فلا يرجع وهو القياس فيما اذا
لم يعلم لان الجهل لا ينافي الضمان ولكن استحسن الرجوع لما ذكرناه ولهذا قيده
بعدم العلم ومن ارسل بهيمة او كلبا اقتصر في الهداية على البهيمة وقال في
النهاية والعناية مراده بالبهيمة الكلب بقرينة بعض عبارته فجمع المص كليهما و
ولقد احسن وساقه بان يمشي خلفه معه ضمن ما اصاب في فوره لانه
الحامل لها فاضيف فعلها اليه كما يضاف فعل المكره الى المكره فيما يصلح آلة له
ولو لم يسقه فما دامت في فورتها ضمن ما اصابا ايضا لان ما اصابته في
فورتها فهو ملحق بالسائق حكما فتقييده بالسوق لا يشمله الا اذا عمم بالحقيقي
والحكمي وفي الطير لا يضمن وان وصليه ساقه لان بدنه لا يحتمل السوق
فصار وجود السوق وعدمه سواء فلو قتل صيدا مملوكا لم يضمن ولو كان ذلك
في الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شيء وكذا اي لا يضمن في الدابة والكلب
ان لم يسق لا حقيقة بان يمشي خلفه ولا حكما بان اصاب في فورتها بلا تراخ
او انفلتت الدابة اي اطلقت من قيدها بنفسها اي بلا صنع صاحبها ليلا او نهارا
فاصاب مالا او نفسا وهذا لان الضمان بالتعدي والتعدي بالسوق حقيقة
او حكما فاذا لم يوجد السوق لم يوجد التعدي فكذا الضمان فان قيل قد ذكر في
كتاب الصيد انه اذا ارسل الكلب الى صيد يؤكل ما اصابه وان لم يكن له سائق
لا حقيقة ولا حكما فما الفرق بين هذا وبين ما نحن فيه حيث اشترط فيما نحن
فيه في وجوب الضمان وجود السائق حقيقة او حكما قلنا الفرق بينهما على
ما ذكره في الهداية ان البهيمة فاعل مختار في فعلها ولا تصلح نائبة عن
المرسل ولا يضاف فعلها الى غيرها كما هو الاصل في الافعال الاختيارية
الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف فعل المرسل الى المرسل لان
الاصطياد امر مشروع ولا طريق له سواه فلو شرط السوق لانسد باب
الاصطياد وهو مفتوح فاضيف الى المرسل ما دام الكلب المرسل في تلك الجهة

ولم يفتر عنها وان غابت مع الصيد عن بصره ولا حاجة اليه في ضمان العدوان
فبقي على الاصل فكان مضافا الى الكلب بنفسه لانه مختار في فعله ولم يكن
مضافا الى المرسل فلم يضمن وعن ابي يوسف انه اوجب الضمان في هذا كله
احتياطا لاموال الناس والمشايخ اخذوا بقوله وذكر في الهداية نقلا عن
المبسوط انه اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فما اصاب في فورها فالمرسل
ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة
ويسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق اخر سواه وكذا اذا وقفت
ثم سارت ينقطع حكم الارسال بالوقفة بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال
في الاصطياد ثم سار فاخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل
لانه يتمكنه من الصيد وهذه الوقفة اي وقفة الدابة تنافي مقصود المرسل
لان مقصوده هو السير لا الوقوف فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله
الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره لا يضمن من ارسله وفي الارسال
في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدٍّ فيضمن ما تولد منه واما الارسال
للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي وفي العمادية لو دخل
رجل دار قوم فعقره عليهم فلا ضمان عليهم لانه لم يوجد الاغراء والاشلاء منهم
وفي التجنيس رجل له كلب عقور كلما مر عليه مار يعضه فعض انسانا هل
يجب عليه الضمان ان تقدموا في صاحب الكلب قبل العض يضمن وان لم يتقدموا
فيه قبل العض لا يضمن وفي قاضيخان ينبغي ان لا يضمن اذا لم يكن من صاحبه
اشلاء وفي شرح الطحاوي ولو اغرى كلبا حتى عقر رجلا لا ضمان على المغري
عند محمد كما اذا ارسل طائرا فاصاب في فوره ذلك فانه لا يضمن بالاجماع
وعند ابي يوسف سواء يسوقه او يقوده بعد ان كان اغراه وقال محمد ان كان
قائدا له او سائقا يضمن والا فلا وبه اخذ الطحاوي ولو اخذ هرة والقاها
الى حمامة رجل او دجاجته فاكلت الهرة الحمامة فان اخذته الهرة برميه اياها يضمن
وان اخذتها بعد الرمي لا يضمن ومن ضرب دابة عليها راكب في الطريق
او نخسها النخس بالمعجمة الطعن بالعود ونحوه قال في المصباح نخست الدابة

طفنته

طفنته بعود او غيره فهلج فنفحت الدابة اي ضربت بحد حافرها او ذنبها او
ضربت بيدها احدا او نفرت الدابة من ضربه او نخسه فصدمت اي احدا
فمات ذلك الرجل من صدمها ضمن هو اي الضارب والناخس لا الراكب ان فعل
ذلك اي الضرب والنخس حال السير والقياس ان يضمن الراكب دون الناخس
والضارب لان الراكب مباشر والتعدي ليس بشرط في المباشرة الا انا تركنا
القياس لما روي عن عمر وابن مسعود انهما اوجبا على الناخس والضارب
دون الراكب ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الضارب والناخس
فاضيف فعل الدابة اليهما كانهما فعلاه بيديهما وان اوقفها اي الدابة لا في ملكه اي
في طريق المسلمين او في ملك غيره فعلهما اي فالضمان على الراكب وعليهما
نصفين لانه متعد في الايقاف مثل الناخس والضارب وان نفحت الدابة
الناخس او الضارب فدمه هدر لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت
الراكب بالنخس او الضرب فقتله فالضمان على الناخس او الضارب اي على
عاقلتهما لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة وان فعل ذلك اي الضرب
والنخس باذن الراكب فهو كفعل الراكب او نخسها بنفسه اي لا ضمان عليه لان
الراكب له ولاية الضرب والنخس فاذا امر غيره به كان ذلك كفعله لانه امر بما يملكه
فيصح امره فينتقل فعل المامور اليه لكونه امرا ولو نخسها الراكب بنفسه ونفحت
رجلا لا ضمان على الراكب لعدم امكان التحرز عنه فكذا لا ضمان على الناخس في
نفحها اذا نخس باذن الراكب لكن ان وطئت احدا في فورها بعد النخس بالاذن
فديته عليهما لان سيرها في تلك الحالة والاذن يتناول فعله من حيث انه
سوق ولم يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر على الناخس فان قيل
الراكب صاحب علة للوطء ولهذا وجب عليه الكفارة والناخس صاحب شرط
في حق فعل الوطء حتى لم يجب عليه الكفارة والاضافة الى العلة اولى اجيب
عنه بان الركوب وان كان علة للوطء لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتاخره
عن الركوب بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطء فكان الوطء ثابتا
بعلتين فيجب الضمان عليهما كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة

الطريق ومات فالدية عليها لما ان الحمز شرط علة اخرى دون علة الجرح فكذا
هذا ولا يرجع الناخس على الراكب في الاصح وقيل يرجع عليه بما ضمن في
الايطاء لانه فعل بامره وجه الاصح انه لم يامره بالايطاء بل بالنخس والنخس
منفصل عن الايطاء ليس عينه ولا لازمه كالو امر صبيا يستمسك صفة لصبي
انما قيد به لانه اذا لم يستمسك على الدابة لا يضاف على احد اما على الصبي فلانه مثله
بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير اليه واما على الرجل فلانه لم يسيرها
واذا لم يضف سيرها الى احد كانت منفلتة وفعله جبار على دابة بتسييرها
الباء متعلق بالامر فوطئت الدابة انسانا فمات لا يرجع على عاقلة الصبي
بما غرموا من الدية على الامر لانه امر بالتسيير والايطاء منفصل عنه وكذا
لو ناول الصبي سلاحا فقتل الصبي به اي بذلك السلاح احدا ضمن عاقلة الصبي
الدية ثم لا يرجعون على عاقلة من ناول سلاحا لانه لم يامره بالقتل بل امره
بامساك السلاح والقتل منفصل عنه وكذا الحكم في نخسها ومعها قائد او سائق
يعني رجل قاد دابة او ساقها فنخسها رجل اخر فانفلتت الدابة من يد القائد
او السائق فاصابت في فورها انسانا فالضمان على الناخس دون القائد
او السائق لان الناخس متعد في التسبيب فيضاف الاتلاف اليه وان
نخسها اي الدابة شيء منصوب في الطريق فالضمان على من نصبه لانه متعد
لشغل الطريق فاضيف الهلاك اليه كانه نخسها بفعله ولا فرق بين كون الناخس
صبيا او بالغا لانهما مؤاخذان بافعالهما وان كان الناخس عبدا فالضمان
على رقبته فيدفع بها او يفدى يعني اذا نخسه بغير اذن الراكب وجميع مسائل
هذا الفصل والذي قبله ان كان الهالك ادميا فالدية على العاقلة وان كان
غيره فالضمان في مال الجاني لان العاقلة لا يعقل المال وانما يعقل النفس
ولما ذكر ما يتعلق بجناية البهيمة شرع فيما يتعلق بالجناية على البهيمة فقال ومن
فقاء عين شاة قصاب ضمن ما نقصها لان المقصود من شاة القصاب
اللحم فلا يعتبر فيها الا النقصان وفي عين الفرس والبغل وكذا الحمار وبعير
الجزار اي القصاب او بقرته اي بقرة الجزار ربع القيمة قال الشافعي فيه النقصان

ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي انه عم قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا
قضى عمر ايضا ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالركوب والزينة والحمل والعمل
فمن هذا الوجه يشبه الادمي وقد تمسك لغيره كالاكل ومن هذا الوجه يشبه
الماكول فعملنا بالشبهين بشبه الادمي في ايجاب ربع القيمة وبالشبه الاخر
في نفي النصف كذا في الهداية والزيلعي هذا في الجناية عليها بفقاء عينها
وبقي الكلام في الجناية عليها بقطع طرفها من يدها او رجلها او ذنبها او اذنها
وقد استوفينا الكلام فيها في كتاب الغصب فارجع اليه

باب

جناية الرقيق وعليه جناية المملوك اي على غير المولى لان جناية العبد على
المولى هدر كما ان جناية المولى على العبد هدر في غير العمد كما في الحاوي
لا توجب الا دفعا واحدا اي توجب دفع رقبته اذا كانت الجناية في النفس
موجبة للمال بان كانت خطاء لانها اذا كانت عمدا توجب القصاص سواء كانت
الجناية واحدة او اكثر لو محلا للدفع بان كان قنا لم ينعقد له شيء من اسباب
الحرية كالتدبير وامومية الولد والكتابة والا اي وان لم يكن محلا للدفع بان
انعقد له شيء من التدبير وامومية الولد والكتابة فقيمة واحدة اي توجب قيمة
واحدة وان تكررت الجناية لو غير محل له اي للدفع هذا مما لا حاجة اليه بعد
الاستثناء المذكور فلو جنى عبد خطاء هكذا وقع في الهداية والكنز ايضا لكن
التقييد بالخطاء انما يفيد في الجناية في النفس لان الجناية في النفس
اذا كانت عمدا يجب فيها القصاص فيفيد قيد الخطاء واما فيما دون النفس اي
الاطراف فلا يفيد لان خطاء العبد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب
المال في الحالين اذ القصاص لا يجري بين العبيد ولا بين العبيد والاحرار
فيما دون النفس وهل يثبت هذه الجناية باقرار العبد في احكام العبيد من
الاشباه انها لا يثبت بالاقرار حيث قال وكذا اقرار العبد بجناية موجبة للدفع
او الفداء غير صحيح بخلاف ما يوجب الحد والقود انتهى فان شاء مولاه دفعه اي دفع
العبد الى ولي الجناية بها اي بمقابلة الجناية ويملكه اي العبد وليها اي الجناية
وان شاء فداه بارشها يعني ان المولى مخير بين دفع رقبة العبد الجاني وبين الفداء

بالارش لتخليص عبده لكن اختلف في الواجب الاصلي هو الدفع او الفداء بالارش
والصحيح على ما اختاره صاحب الهداية هو الدفع وللمولى ان يتخلص بالفداء ولهذا
سقط الواجب عن المولى بموت العبد الجاني لفوات محل الواجب ولو كان الواجب
الاصلي غير الدفع لما برئ المولى بهلاكه بخلاف موت الحر الجاني حيث لا يسقط
الواجب عن العاقلة بل يجب الارش على العاقلة حالا اى حال كون كل من الدفع
والفداء حالا اما الدفع فلان الواجب عند اختياره الدفع هو عين العبد والتاجيل
في الاعيان باطل لان التاجيل شرع للتحصيل ترفيها وتحصيل الحاصل باطل
واما الفداء فلانه لما جعل بدلا عن العبد في الشرع قام مقامه ولهذا سمي
فداء فياخذ حكمه وهو الحلول فان مات العبد قبل ان يختار المولى شيئا من
الدفع والفداء بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه وان مات بعد ما
اختار الفداء لا يبطل لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى فان فداه فجنى
ثانيا فالحكم كذلك اى كحكم الجناية الاولى لانه لما فدى خلص الجاني عن الجناية
الاولى فصار كان لم يكن فيجب بالثانية ابتداء الدفع والفداء لانها ابتداء جناية
وان جنى جنايتين دفعه بهما اى بمقابلة الجنايتين فيقتسمانه اى يقتسمان ولي
الجنايتين العبد الجاني بنسبة حقوقهما لو قال بحقيهما كما وقع في الهداية لكان
اولى ومعنى نسبة حقوقهما على قدر ارش جنايتهما كذا في الهداية وهذا
لان المستحق انما يستحقه عوضا عما فات عليه فلا بد ان يقسم على قدر المعوض
او فداه اى العبد الجاني بارشهما لان تعلق الجناية الاولى برقبته لا يمنع تعلق
الجناية الثانية برقبته ايضا كالديون المتلاحقة الا يرى ان ملك المولى
لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع فان قيل ما الفرق
بين هذا وبين فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به حتى ان الراهن لو مات
بعد الرهن وعليه ديون اخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن او بعده
لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا
لم يمنع اجيب بان في الرهن ايفاء واستيفاء حكما فكان المرتهن قد استوفاه
فلا يتعلق به غيره وليس في الجناية كذلك وان جنى جنايات فكذلك الحكم

اى

اى اما ان يدفعه المولى الى اولياء الجنايات بها فيقتسمون العبد المدفوع اليهم على قدر
حصصهم واما ان فداه بجميع اروشهم لما ذكرناه من ان تعلق الجناية الاولى
برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها ولو جنى جنايتين مختلفتين بان قتل واحدا وفقا
عين اخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا
حكم الشجات فانه لو شج رجلا موضحة ورجلا اخر هاشمة واخر منقلة فللمولى
الدفع والفداء وان اختار الدفع يدفع الى صاحب الموضحة سدس العبد لان له
خمسمائة والى صاحب الهاشمة ثلثه لان له الفا والى صاحب المنقلة نصفه لان
له الفا وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا كذا في العناية ثم للمولى ان يفدي
من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد في الجنايات
والشجات لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة
والشجات المختلفة فيجوز ان يختار في احدهم خلاف ما اختاره في حق
الاخر بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان حيث لم يكن له ان يفدي من احدهما
ويدفع الى الاخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهو الجناية المتحدة فان قيل ان
الحق وان كان متحدا بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين فكان
الواجب ان يكون حكم هذه المسئلة مثل الاولى اجيب بالمنع بانا لا نم ان المستحق
متعدد هنا بل هو واحد لان الحق يجب للمقتول اولا ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك
التفريق في موجبها فان باعه اى ان باع المولى بيعا صحيحا العبد الجاني او وهبه
او اعتقه او دبره او كاتبه او استولدها اى الامة الجانية غير عالم بها اى
بالجناية ضمن المولى الاقل من قيمته اى قيمة العبد الجاني ومن الارش وان كان
المولى عالما بها اى بالجناية ضمن الارش لانه في الاول فوت حقه فيضمنه
وحقه في اقلها ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي
الثاني صار مختارا لان التصرفات المذكورة يمنعه من الدفع لزوال ملكه بها
فالاقدام عليها اختيار منه للاخراج عن الفداء بخلاف الاقرار على رواية الاصل
فانه اذا جنى العبد جناية فقال وليها هو عبدك فادفعه او افده فقال هو
لفلان الغائب وديعة عندي او عارية او اجارة او رهن لا يصير المولى بذلك

مختارا للفداء لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له مخاطب بالدفع اليه
وليس فيه نقل الملك لجواز ان الامر كما قاله المقر فان كان الامر كذلك
خوطب المقر له بالدفع او الفداء والا خوطب المقر بذلك وعلى رواية الكرخي
ان الاقرار بذلك مثل البيع ونحوه لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له
فاشبه البيع وذكر في العناية نقلا عن الايضاح ان رواية الكرخي
خارجة عن الاصول واطلق البيع فيشمل البيع البات والبيع بشرط الخيار
للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف
العرض على البيع لانه يصير بها مختارا للفداء لان الملك ما زال بها فان قيل
المشتري بشرط الخيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجيزا للبيع والبائع
بشرط لنفسه اذا عرض على البيع كان فاسخا للبيع فلم لا يكون المولى
بالبيع بشرط الخيار لنفسه او بالعرض على البيع مختارا للفداء اجيب بان
ثم ضرورة لم يتحقق ههنا وهي انه لو لم يجعل مجيزا او فاسخا هناك لكان
تصرفا واقعا في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الاولى وتقدير
الاجازة في الثانية واما ههنا فلو لم يجعل مختارا للفداء بهذا التصرف
لم يتبين بالدفع انه تصرف في ملك الغير فافترقا كذا في العناية ولو باع
المولى بيعا فاسدا لم يصر مختارا للفداء حتى يسلمه لان الزوال بالتسليم
بخلاف الكتابة الفاسدة مثل ان كاتب المسلم عبده الجاني على خمر او خنزير
فانه يصير مختارا للفداء لان موجبه يثبت بنفس العقد مثل القبض
وهو تعليق العتق بالاداء ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار للفداء
بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في
الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى في اختياره
للفداء ولو ضربه المولى فنقصه فهو مختار للفداء اذا كان عالما بالجناية لانه
حبس جزء منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لانه نقصها بخلاف
التزويج لانه عيب من حيث الحكم فلا يلزم منه ان يختار الفداء وبخلاف
وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام

لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا للفداء
بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان
الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من
قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته كما لو علق عتقه بقتل زيد
او رميه او شجه ففعل يعني اذا علق عتق عبده بجناية توجب الدية مثل ان يقول
ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر ففعل العبد ذلك الفعل يصير المولى
مختارا للفداء عندنا خلافا لزفر لان اختيار الفداء انما يكون بعد الجناية
والعلم بها وعند تكلم المولى ذلك الكلام ليس شيء من الجناية والعلم بها بموجود
وبعد الجناية لم يوجد من المولى فعل يصير به مختارا للفداء ولنا انه علق الاعتاق
بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز لا قبله فصار كما اذا اعتقه
بعد الجناية الا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك
يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق
فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد
وجود المرض ولان مولاه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي
الى الفعل والظاهر انه يفعله وهذا دلالة الاختيار وهذا اذا علقه بجناية
توجب الدية كالخطاء وشبه العمد وان علقه بجناية توجب القصاص بان
قال له ان ضربته بالسيف فانت حر فلا يجب على المولى شيء بالاتفاق لانه
لا فرق بين الحر والعبد في القصاص فلم يكن المولى مفوتا حق ولي الجناية
بالعتق وان قطع عبد يد حر عمدا فدفع العبد اليه اي الى الحر المقطوع يده
فاعتقه الحر المدفوع اليه فسرى القطع فمات الحر منه فالعبد صلح بالجناية
سواء كان دفعه بالقضاء او لا وان لم يكن المقطوع يده اعتقه يرد العبد
على سيده فيقاد او يعفو وهذا لانه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح كان
باطلا لان الصلح وقع على المال وهو العبد عن دية اليد لان القصاص لا يجري
بين الحر والعبد في الاطراف وبالسراية تبين ان دية اليد غير واجبة وانما
الواجب القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث شبهة

كالوطء بمطلقته الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها فانه لا يصير شبهة في
درء الحد فكذا هنا فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان الاقدام على
الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر من يقدم على تصرف يقصد
تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا وان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا
لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد دل الدليل على الرضا لانه لما رضي بكون
العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح
الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول
وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل
وكذا لو كان القاطع حرا فصالح القاطع المقطوع يده على عبد ودفعه اي
دفع القاطع العبد المصالح عليه اليه اي الى المقطوع يده فان اعتقه
المقطوع يده ثم سرى القطع الى النفس ومات منه فهو اي هذا الصلح صلح بها
اي بالجناية فان لم يعتقه فسرى القطع رد العبد الى سيده واقيد او يعفى
كما في المسئلة الاولى والاولى ان يذكره ولم يقتصر على ذكر القود لان
ولي الجناية مخير بين القود والعفو بعد الرد الى سيده كما في المسئلة الاولى
على ما صرح به في الهداية والزيلعي ثم قال في الزيلعي ان هذه المسئلة
ترد اشكالا على قول ابح في مسئلة تقدم ذكرها وهي ان من قطعت
يده عمدا فعفى عن القطع فمات منه فعلى قاطعه الدية في ماله عند ابح لا
القود فانه حكم في هذه المسئلة ببطلان العفو عن القطع وعدم وجوب
القود وحكم فيما نحن فيه ببطلان الصلح ووجوب القود فيما اذا لم يعتق العبد
وبنفاذ الصلح فيما اذا اعتقه ثم اجاب عنه بان ما ذكر فيما نحن فيه من مسئلة
الصلح فيما اذا لم يعتق جواب القياس وما ذكر فيما تقدم من مسئلة العفو
عن القطع ثم السراية جواب الاستحسان فيكون وضع المسئلتين على
القياس والاستحسان وقيل بالفرق بينهما ووجه الفرق ان الصلح عن الجناية
على مال يقرر الجناية ولا يبطلها لان الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنى
لاستيفاء بدلها واذا بقيت الجناية يتوفر عليه عقوبتها وهو القصاص

واما

واما العفو فهو مقدم للجناية والعفو عن العفو وان بطل بالسراية الى النفس لكن
بقيت شبهة لوجود صورة العفو وهي كافية لدرء الحد واما اذا اعتقه فجوابه
هذا الفرق الذي ذكرناه لان العتق يحصل صلحا ابتداء بخلاف العفو وعلى
قولهما ترد اشكالا ايضا في الصورتين لانهما كانا يجعلان العفو عن القطع
في المسئلة المتقدمة عفوا عما يحدث منه وفي هذه المسئلة اي مسئلة
الصلح لم يجعلا كذلك بل اوجبا القصاص عليه اذا لم يعتقه وجعلاه صلحا
مبتدأ اذا اعتقه فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة والمسئلة التي ذكرت
قبلها وهي قوله وان قطع عبد يد حر فدفع اليه فاعتقه الخ حتى خص في الهداية
والزيلعي ورود الاشكال المذكور بهذه المسئلة دون ما ذكر قبلها اجيب بان
دفع العبد في هذه المسئلة بطريق الصلح حيث قال فصالح المقطوع والصلح
متضمن للعفو فتكون هذه المسئلة نظير المسئلة المتقدمة اعني مسئلة العفو
عن القطع فترد الاشكال المذكور ولا كذلك المسئلة المذكورة قبل هذه المسئلة
لان الدفع فيها ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع ولهذا قال فيها فدفع اليه
فلا ترد هذه المسئلة اي مسئلة الدفع اشكالا على مسئلة العفو وان
جنى ماذون مديون خطاء فاعتقه سيده غير عالم بها اي بالجناية ضمن
لرب الدين الاقل من قيمته ومن دينه ولولي الجناية الاقل من قيمته ومن
ارشها اي ارش الجناية وهذا لان السيد اتلف بالاعتاق حقين الدفع
لولي الجناية والبيع للدين كل منهما مضمون بكل القيمة عند الانفراد اذا كانت
القيمة اقل من الدين ومن الارش فكذلك عند الاجتماع لان الاجتماع بين
الحقين ههنا ممكن ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية اولا ثم يباع
للغرماء فاذا كان كذلك يضمنها لان الاتلاف ورد عليها لاجتماعها فيه بخلاف
ما اذا اتلفه اجنبي والمسئلة بحالها حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى
ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر
في مقابلته حق الدفع لانه دون الملك لان الحق دون الحقيقة وههنا يجب
لكل منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنها كذا في الهداية والاصل هنا

ان العبد اذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء فان دفع الى ولي الجناية
بيع في دين الغرماء فان فضل شئ كان لاصحاب الجناية لان الغريم مقدم
في المطالبة على ولي الجناية معنى وانما بدئ نا بالدفع الى ولي الجناية لان فيه توفير
الحقين فان حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لارباب
الديون ومتى بدأنا ببيعه في الدين تعذر الدفع للجناية لانه يتجدد الملك
للمشتري ولم يوجد في يده جناية فان قيل ما فائدة الدفع اذا كان البيع
بالدين بعده واجبا اجيب بانها اثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء
بالدين فان للناس في الاعيان اغراضا وانما لم يبطل الدين بحدوث الجناية
لان موجبها صيرورته حقا فان كان مشغولا لا وجب دفعه مشغولا ثم اذا
بيع وفضل من ثمنه شئ صرف الى ولي الجناية لانه بيع على ملكه وان لم يف
بالدين تاخر الدين الى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الاول وانما قيد المسئلة
بعدم العلم لينبني عليه ضمان القيمتين لانه لو اعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه
الدية في النفس لاولياء الجناية وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد
العلم بالجناية يوجب الارش دون القيمة ولو ولدت امة ماذونة مديونة
بيع الولد معها اي مع الامة في دينها اي دين الامة ولو جنت الامة الماذونة لها
لا يدفع ولدها في جنايتها والفرق بينهما ان الدين وصف حكمي في الامة
واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف
في رقبتها ببيع او هبة وغيرهما فكانت من الاوصاف الشرعية القارة
في الام فتسري الى الولد كالكتابة والتدبير والرهن واما موجب الجناية
فالدفع او الفداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمة الامة حتى لم يصر المولى
ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع او هبة او استخدام وانما يلاقيها اثر الفعل
الحقيقي الحسي وهو الدفع فلا يسري الى الولد لكونه وصفا غير قار حصل عند
الدفع واما قبل الدفع فرقبتها كانت خالية عن حق ولي الجناية فان قيل لا نم
ان دين الامة في ذمتها فان المولى ان اعتقها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها
لما ضمن كما لو قتل مديونا انسان فانه لا يضمن دينه اجيب بان وجوب ضمان

قيمة الامة المديونة او العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيعا
واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى والا لوجب عليه ايفاء
الديون لا ضمان قيمة العبد وانما لا يضمن القاتل دينه من قتله لعدم المماثلة
بين المتلف وهو الدين وما يقابله من العين ضمانا وضمان العدوان يعتمد المماثلة
لا يقال ان تلك الامة الجانية اذا جني عليها قبل دفعها واخذ المولى الارش ممن
جنى عليها وجب دفع الارش مع الامة الجانية فلم لم يدفع ولدها معها لانا نقول
ان الارش بدل جزئها وحق ولي الجناية يتعلق بجميع اجزائها فان فات جزء منها
ولخلف بدلا تعلق به كما اذا قتلت واخلفت اعتبارا للجزء بالكل بخلاف الولد فانه
بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدل عن جزء ثم شرط سراية الدين الى الولد
ان يكون الولادة بعد لحوق الدين واليه اشار بقوله ولو ولدت ماذونة
مديونة لانها اذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد فلا يباع
الولد معها في دينها بخلاف الاكساب حيث يتعلق حق الغرماء بما كسبت قبل
الدين وبعده لان لها يدا معتبرة في الكسب حتى لو نازعها فيه احد كانت
هي الخصم فيه فباعتبار الخصم كانت هي احق به من سيدها لقضاء دينها
بخلاف الولد فانه انما يستحق بالسراية وذلك قبل الانفصال لا بعده كولد
المكاتبة والمدبرة وام الولد وكولد الاضحية ولو اقر رجل ان زيدا حرر
عبده الضمير راجع الى زيد فقتل ذلك العبد ولي المقر خطاء فلا شئ له اي
للمقر لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد اقر انه لا يستحق على المولى شيئا من
دفع العبد او الفداء بالارش وانما يستحق الدية على عاقلة العبد لانه حر
على زعمه فيصدق في حق نفسه لزعمه فيسقط الدفع والفداء عن المولى
ولا يصدق في دعواه الدية عليهم الا بحجة واعلم ان المص وضع المسئلة
فيما اذا كان الاقرار بالحرية قبل جناية العبد كما ترى وهكذا وضع صاحب
الهداية وذكر في المبسوط الاقرار بالحرية بعد جناية العبد وهما لا يتفاوتان
في الحكم وان قال معتق على صيغة اسم المفعول قتلت اخا زيد قبل عتقي وقال
زيد بل قتلت انت بعده اي بعد عتقك فالقول للمعتق لانه منكر للضمان



لانه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان عليه اذ الكلام في عبد
معروف الرق والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء وصار كما اذا
قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي او طلقت امرأتي
وانا مجنون وكان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا وان قال المولى
لامة اعتقها قطعت يدك قبل العتق وقالت بل بعده فالقول لها وكذا كل
ما نال منها اي من الامة كقوله لها اخذت منك هذا المال قبل ما اعتقتك وقالت
الامة بل بعده فالقول لها لان المولى اقر بسبب الضمان ثم ادعى البراءة وهي
تنكر فالقول للمنكر الا الجماع والغلة اي قال لها جامعتك وانت امتي وقالت هي
بل جامعتني بعد العتق فالقول قول المولى استحسانا وكذا لو قال لها اخذت
منك غلة عملك وانت امتي وقالت هي بل اخذتني اخذت مني بعد العتق فالقول
للمولى استحسانا هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يضمن الا شيئا
بعينه يعني لو كان المولى اقر باخذ شيء منها بعينه والماخوذ قائم في يده
واختلفا فيه على الوجه المذكور يضمن بالاجماع فانه يؤمر برده اي ذلك الشيء
القائم في يده بعينه اليها اي الى الامة لانه منكر وجوب الضمان لاسناد الفعل
الى حالة معهودة منافية للضمان كما في المسئلة الاولى وهي حالة الرق
وفي الجماع والغلة وفي القائم في يده اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ
منها ثم ادعى التمليك عليها وهي تنكر والقول قول المنكر ولهذا يؤمر بالرد اليها
ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرأ به فلا يكون القول قوله بلا بينة
وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها
وهي مديونة بخلاف الجماع والغلة لان وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقر
وكذا اذا اخذ من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان فحصل الاسناد
الى حالة معهودة منافية للضمان في حق الجماع والغلة ولو امر عبد محجور
او صبي صبيا بقتل رجل فقتله الصبي المامور فالدية على عاقلة القاتل وهو الصبي
المامور بالقتل لان الصبي هو المباشر وعمده وخطاؤه سواء فيجب الدية على
عاقلته ولا شيء على الامر عبدا محجورا او صبيا لانهما لا يؤاخذان بقولهما لان المؤاخذة

باعتبار

769

باعتبار الشرع والشرع لم يعتبر قولهما ورجعوا اي عاقلة القاتل على العبد بعد عتقه
لانه اوقع الصبي في هذه الورطة ولا قصور في اهليته لكن قوله غير معتبر
لحق المولى فيضمن بعد العتق لزوال حقه بالاعتاق لا على الصبي الامر لانه قاصر
الاهلية قال في شرح الزيادات للعتابي لا يرجع العاقلة على العبد ايضا
لان هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لمكان
الحجر وقال في الزيلعي وهذا اوفق للقواعد الفقهية الا ترى ان العبد اذا اقر
بعد العتق بالقتل قبله لا يجب عليه شيء لكونه اسنده الى حالة منافية للضمان
وكذا لو حفر العبد بئرا فاعتقه مولاه ثم وقع فيها انسان لا يجب على العبد
شيء وانما يجب على المولى قيمته لان جناية العبد لا يوجب عليه شيئا وانما توجب
على المولى قيمته فيجب عليه قيمة واحدة ولو مات فيها الف نفس فيقتسمونها
بالحصص ولو كان مامور العبد مثله اي لو امر عبد محجور عليه عبدا محجورا عليه
مثله بقتل زيد فقتله العبد المامور دفع السيد اي سيد العبد القاتل
العبد القاتل الى ولي المقتول او فداه ان كان القتل خطاء او كان العبد المامور
صغيرا لان خطاء الصغير وعمده سواء لان الصغير لا يؤاخذ بقوله شرعا
ولا يرجع سيد القاتل على الامر في الحال لان الامر قول وقول المحجور عليه
غير معتبر شرعا فلا يؤاخذ به في الحال ويجب ان يرجع عليه اي على الامر
بعد عتقه بالاقل من قيمته ومن الفداء لانه غير مضطر في دفع الزيادة
حتى يرجع عليه بالزيادة ايضا بل هو مختار في دفعها لانه يتخلص عن
عهده باعطاء الاقل من الفداء او قيمة العبد لانه انما الكف بامره ما هو الاقل
منها وان كان القتل عمدا والمامور كبيرا اقتص لجريان القصاص بين الحر والعبد
لان العبد من اهل العقوبة بالقصاص وان قتل عبد حرين اي عمدا كذا في الهداية
لكل منهما وليان فعفى احد وليي كل منهما دفع المولى نصفه اي نصف العبد
القاتل الى الوليين الاخرين اي الذين لم يعفوا او فدى بدية كاملة عشرة
الاف درهم لهما اي للاخرين لانه لما عفى احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص
في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة لان كل واحد من

المقتولين يجب له قصاص كامل على حدة فاذا سقط القصاص وجب ان ينقلب
كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون الفا او دفع العبد غير ان
نصيب العافيين سقط مجانا فانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة
لكل واحد منهما نصف الدية او نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما وان قتل العبد
احدهما اى احد الحرين عمدا والاخر خطاء فعفى احد وليى العمد فدى بدية كاملة
لولى الخطاء وبنصفها لاحد وليى العمد او دفع العبد اليهم لان ولى الخطا حقهما
في الدية عشرة الاف درهم وحق ولى العمد في القصاص فاذا عفى احدهما
انقلب نصيب الاخر مالا وهو نصف الدية خمسة الاف درهم فاذا فداه فدى
بخمسة عشر الاف درهم عشرة الاف لولى الخطاء وخمسة الاف لغير العافي
من وليى العمد وان دفعه اليهم دفعه اثلاثا يقتسمونه اثلاثا ثلثاه لولى الخطاء
وثلثه للساكت من وليى العمد عولا لان حقهم في الدية فيضرب وليا الخطاء
وهو اثنان في خمسة عشر الاف ويضرب غير العافي من ولى العمد بخمسة
الاف هذا عند ح وعندهما ارباعا منازعة اى يقتسمونه ارباعا بطريق
المنازعة لا بطريق العول فثلثة ارباعه لولى الخطاء وربعه لغير العافي من ولى
العمد لان نصفه مسلم لولى الخطاء فلا منازعة فيه واستوت منازعتهم
في النصف الاخر فيتنصف النصف الاخر المتنازع فيه واصل هذا الاختلاف
ما اتفقوا عليه ان قيمة العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين
في التركة كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الذمة فثبت
حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه اما اذا وجبت قيمة العين
ابتداء لا بسبب دين في الذمة كما في مسئلة الفضولي بان باع فضولي
عبد انسان كله وفضولي اخر باع نصفه واجاز المالك البيعين كان العبد
بين المشتريين ارباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في
العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة يضيق
من الحقين على وجه الكمال واذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد في هذه
المسئلة ثلثة ارباع العبد المدفوع لولى الخطاء وربعه للساكت من ولى العمد لان

حق ولى العمد كان في جميع الرقبة فاذا عفى احدهما بطل حقه وفرغ النصف
فيتعلق حق ولى الخطاء بهذا النصف بلا منازعة بقى النصف الاخر واستوت
منازعة ولى الخطاء والساكت من ولى العمد في هذا النصف فصار
هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في
مسئلة الفضوليين ولابى ح ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش
الذى هو بدل المتلف والقسمة في غير العين يكون بطريق العول والمضاربة
وهذا لان حق ولى الخطاء في عشرة الاف وحق شريك العافي في خمسة
الاف فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلثة الاف درهم الفان
لرجل والف لاخر مات وترك الف درهم فكانت التركة بين صاحبى الدين
اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب
الالف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشترى في
العين ابتداء وان قتل عبد لاثنين اى مشترك بينهما قريبا لهما من ابيهما او اخيهما
او ابنهما او غيره وكذا اذا كان العبد لقريب لهما او لمعتقهما فقتل ذلك
العبد مولاه فورثاه كذا في الزيلعى فعفى احدهما بطل الكل اى حق كل واحد
من العافي وغير العافي ولا يستحق غير العافي منهما شيئا غير نصيبه
الذى كان له من قبل هذا عند ح وقالا يدفع العافي نصف نصيبه
الى الاخر او يفديه بربع الدية اى مخير بينهما لان حق القصاص عليه ثابت
للمولى على سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له
لان العبد في حق الدم يبقى على اصل الحرية والمولى من دمه كاجنبى فيستحق
دمه بالقصاص فاذا عفى احدهما انقلب نصيب الاخر وهو النصف مالا
غير انه شايع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه
فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده دينا
وما كان في نصيب صاحبه بقى وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك
يدفع نصف نصيبه الى الاخر وهو الربع او يفديه بربع الدية ولابى ح ان
نصيب العافي قد سقط ونصيب الاخر وهو النصف يحتمل ان يكون كله في

ملك شريكه فينقلب مالا ويحتمل ان يكون مالا كله في ملك نفسه فيبطل اصلا
ويحتمل ان يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في نصيب العاق فينقلب
نصف هذا النصف وهو الربع مالا فلما احتمل هنا واحتمل ذلك لا ينقلب مالا
لان المال لا يجب بالشك وقيل محمد مع الامام والاشهر انه مع ابي يوسف

فصل

دية العبد قيمته اي من قتل عبدا خطا يجب عليه قيمة العبد
فان كانت قيمته قدر دية الحر وهو عشرة الاف درهم او اكثر نقص عن دية
الحر عشرة دراهم اشعارا بانحطاط درجة الرقيق عن درجة الحر وتعيين العشرة
باثر عبد الله بن عباس وهو لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة
دراهم وهكذا روي عن ابن مسعود ايضا وكذا اي نقصت عشرة دراهم عن
دية الحرة وهي خمسة الاف لو كانت قيمة الامة كدية الحرة او اكثر لما ذكرناه
هذا قول ابي ح ومحمد وقال به ابو يوسف ايضا اولا ثم رجع وقال والشافعي
معه تجب قيمته بالغة ما بلغت وفي الغصب تجب قيمته بالغة ما بلغت حتى
لو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده يجب عشرون الفا بالاتفاق
لابي يوسف والشافعي في الخلافية ان الضمان بدل المالية لا بدل الدم
وبدل المالية بالقيمة فالضمان بالقيمة اما انه بدل المالية فلانه يجب للمولى
وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى
العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او ببقاء بدله لان هلكت فصار
كقليل القيمة وكالغصب ولو كان بدل الدم لوجب للعبد اذ العبد في حق
الدم مبقى على الحرية واما ان بدل المالية بالقيمة فظاهر لان ضمان المال بالمال
ولابي ح ومحمد ان الله تعالى اوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطاء حرا كان او عبدا
لقوله تعالى ودية مسلمة الى اهله والدية اسم للواجب بمقابلة الادمية ولان
فيه معنى الادمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية حتى ورد عليه الملك
بلا خلاف والادمية اعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند
تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الادمية اصل لقيام
المالية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع واهدار احدهما اولى من اهدارهما معا

فان قيل

فان قيل لا نم ان الجمع بينهما متعذر بل بايجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع
بينهما اجيب بان الجمع انما يوجد بايجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز
القول لخروجه عن الاجماع بخلاف ضمان الغصب فانه بمقابلة المالية دون
الادمية لان الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع فائدته لا المالية
الاترى انه يبقى بعد قتله عمدا ايضا وان لم يكن القصاص مالا ولا بدلا عن المالية
وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الادمية الا انه لم يسمع فيه نص فقدرناه
بقيمته رايا اذ هو الاعدل بخلاف كثير القيمة فانه وان لم يسمع فيه نص ايضا
لانه ورد في الحر الا ان قيمة الحر مقدرة بعشرة الاف ونقصنا منها في
العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر ابن عباس وابن مسعود
كما ذكرناه وما قدر اي لطرف الحر من دية الحر قدر اي لطرف الرقيق من قيمة
الرقيق لان القيمة في العبد كالدية في الحر لانها بدل الدم ففي موضحة
العبد مثلا نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في موضحة الحر نصف عشر الدية
ومما يتفرع عليه ايضا ما ذكره بقوله ففي يده اي في الاوف يد الرقيق
نصف قيمته لانه يجب في الاوف يد الحر نصف الدية ففي يد العبد نصف
القيمة ولا يزاد نصف القيمة على خمسة الاف الا خمسة يعني يجب في يد الرقيق
خمسة الاف الا خمسة اذا كانت قيمته عشرة او اكثر لان الواجب في نفسه
عشرة الاف الا عشرة على ما تقدم ففي يده خمسة الاف الا خمسة لان
اليد نصف الادمي فيجب فيه نصف ما في النفس اعتبارا للجزء بالكل الا انه
ينقص هذا المقدار اي خمسة اظهارا لدنو مرتبته من الحر كذا في الهداية
والزيلعي واكثر الكتب وقال في النهاية هذا الذي ذكره صاحب الهداية خلاف
ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط فاما طرف المملوك فقد بينا ان المعتبر
فيه المالية لانه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة ولهذا كان الواجب فيه
القيمة بالغة ما بلغت الا ان محمدا قال في بعض الروايات القول بهذا
يؤدي الى ان يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله بان كانت قيمته مثلا
مائة الف درهم فانه بقطع يده يجب خمسون الفا وبقتله عشرة الاف الا

عشرة فلا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة الاف الا خمسه وصح
في الدرر الرواية الظاهرة وعلى هذا سائر الاعضاء وفي لحيته روايتان
والصحيح انه يجب فيها حكومة عدل لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال قطع
على صيغة المجهول يد عبد عمدا فاعتق اي اعتقه مولاه فسرى القطع الى النفس
ومات العبد منه اقتص القاطع منه اي من ذلك القتل ان كان وارثه سيده
فقط والا اي وان كان له وارث غير سيده فلا يقتص منه لاشتباه مستحق
من له حق الاستيفاء لانه على اعتبار حالة الجرح يكون الحق للسيد وعلى اعتبار
حالة الموت يكون الحق للورثة فيتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه ليستوفى
فان قيل سلمنا ان من له حق الاستيفاء مشتبه لكن قد يزول الاشتباه بما
باجتماعهما قلنا اجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين فان الملك
للمولى وقت الجرح وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في
الحالين فلا يكون الاجتماع مفيدا فان قيل يجوز ان ياذن كل واحد منهما لصاحبه
فيكون مفيدا اجيب بان الاذن انما يصح اذا كان الاذن ممن علمان الاذن
وهذا ليس كذلك بخلاف العبد الموصى بالخدمة لرجل وبرقبته لاخر فان كل
واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة
والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة
فانت لا الى بدل فلا يملك ابطال حقه ولكن اذا اجتمعا فقد رضي الموصى له بالخدمة
بفوات حقه فيستوفيه الاخر لزوال الاشتباه فكان الاجتماع فيه مفيدا
هذا عند ابي ح وابي يوسف وعند محمد لا قصاص اصلا وعليه ارش اليد
وما نقص الى حين العتق قال لا قصاص فيه مطلقا سواء كان له وارث غير سيده
او لم يكن بل على القاطع ارش اليد للمولى وما نقصه القطع الى وقت العتق ولا يجب
عليه ما نقصه بعد العتق لانه لما اعتقه فقد اخرجه عن ملكه فيبطل حكم
السراية له في الخلاصة ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار حالة
الجرح والوراثة بالولاء على اعتبار حالة الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف
المستحق في الاتفاقية فيما يحتاط فيه وفي اختلاف المستحق لا قصاص بالاتفاق

فكذا

فكذا هذا فصار كما اذا قال لاخر بعتني هذه الجارية وقال الاخر لا بل زوجتها
منك لا يحل له وطئها لاختلاف سبب الحل والوطي مما يحتاط فيه بخلاف ما
اذا اقر لرجل بالف درهم من القرض وقال المقر له من ثمن مبيع فانه يقضى
له عليه بالالف وان اختلف السبب لان الاموال يثبت مع الشبهة فلا يبالى
باختلاف السبب عند اتحاد الحكم ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى عند
عدم الوارث غيره فيستوفيه لان المقضي له معلوم والحكم متحد فامكن الايجاب
والاستيفاء لاتحاد المستوفي والمستوفى ولا معتبر باختلاف السبب
بعد ذلك كما في مسئلة الاقرار بخلاف المسئلة الاولى اعني اختلاف
مستحق الاستيفاء لان المقضي له مجهول كما عرفت وبخلاف مسئلة الجارية
لان الحكم فيها مختلف اذ ملك اليمين يخالف ملك النكاح في الحكم لان ملك النكاح
يثبت الحل مقصودا وملك اليمين لا يثبته مقصودا وقد لا يثبته اصلا ومن
قال لعبديه احدكما حر فشجا على صيغة المجهول اي صارا مشجوجين فبين المولى
الحرية في احدهما بان قال اردت هذا فارشهما له اي للمولى لان العتق اضيف
الى احدهما لا على التعيين فلم يكن نازلا في المعين والشجة تصادف المعين
فبقيا مملوكين في حق الشجة فيجب ارشهما للمولى وان قتلا اي بعد ان قال
المولى لاحدكما حر هو على صيغة المجهول ايضا فله اي للمولى على القاتل دية حر
لورثته او قيمة عبد لمولاه ان كان القاتل واحدا وان قتل كلا اي كل واحد
من العبدين واحد فقيمة العبدين والفرق هنا ان البيان وهو تعيين العتق
المبهم في احدهما انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف في الاصول
من ان البيان انشاء من وجه حتى يشترط فيه صلاحية المحل للانشاء
فلو مات احدهما فبين العتق فيه لا يصح البيان لفوات المحل واظهار من وجه
حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من كل وجه لما اجبر عليه لان المرء لا يجبر
على انشاء عتق عبده بخلاف الشجة فان العبد بعد الشجة محل للبيان فاعتبر
انشاء في حقها وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا
واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كلا رجل لحر

حيث يجب فيه قيمة العبدين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حر وكل من القاتلين
ينكر ذلك فعليهما قيمتهما قال في العناية والاصل في هذا ان القاتل اما ان
يكون واحدا او اثنين فان كان واحدا فاما ان قتلهما معا او متعاقبا فان كان
الاول فالحكم وجوب القيمة للمولى والدية للورثة فان لم يكن له وارث غير المولى
فظاهر وان كانت فكل واحد منهما يجب ديته في حال وقيمته في حال
فينقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان واما اذا اختلفا
فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا تيقنا انه قتل عبدا وحرا وقتل
الحر يوجب الدية وليس احدهما اولى من الاخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما
ونصف دية كل واحد وان كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل
الاول فكان على القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة وان كان القاتل
اثنين فاما ان قتلا معا او متعاقبا فان كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة
عبد لان كل واحد من القاتلين انما قتل احدهما بعينه فالعتق في حق المعين
كان غير نازل وانما هو نازل بالمنكر ولا نتيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك
المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في
المبسوط ان ذلك للمولى او لورثتهما وقيل هذا والاول سواء النصف للمولى
من كل واحد منهما والنصف للورثة لان العتق في حق المولى نابت في احدهما
فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين وان لم يدر ايهما قتل اولا
فالحكم كذلك وان كان الثاني فعلى القاتل الاول قيمة الاول لمولاه وعلى الثاني
دية الثاني لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر لك من هذا ان ما ذكره المص
فيما اذا قتلهما معا سواء كان القاتل واحدا او اثنين ومن فقأ عيني عبد فان
شاء سيده دفعه اليه واخذ قيمته او امسكه ولا شيء له اى لسيده ما نقصه
الفقاء عند الح وعندهما ان امسكه فله ان يضمنه نقصانه وقال الشافعي
يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي
على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية
قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق

الذات فقط بل هي معتبرة في الاطراف ايضا بل اعتبارها في الاطراف اولى
لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فاذا كانت المالية معتبرة فيها وقد
وجد اتلاف النفس من وجه ايضا بتفويت جنس المنفعة وهذا الضمان يتقدر
بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ
عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال
من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد
تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير
المولى على الوجه الذي قلنا كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره
خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك
الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات
فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع
يد عبد اخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية لان
موجب الجناية على المال ان يباع رقبته فيها ثم من احكام الآدمية ان لا ينقسم
على الاجزاء او الجثة ولا يتملك الجثة اى لا يتوزع كما ان بدل النفس على النفس
والفائت من الطرف بل يكون بازاء الفائت لا غير كما في فقء عيني الحر
وان لا يتملك الجثة ومن احكام المالية ان ينقسم موجب الجناية وهو الضمان
على الاجزاء والجثة ويتملك الجثة كما في تخريق الثوب فوفرنا على الشبهين
حظهما من الحكم وقلنا انه لا ينقسم اعتبارا للآدمية ويتملك الجثة اعتبارا للمالية
وهذا اولى مما قالاه لان فيما قالاه اعتبار جانب المالية فقط وهو ادنى
واهدار جانب الآدمية وهو اعلى ومما قاله الشافعي ايضا لان فيه اعتبار
الآدمية فقط **فصل** وان جنى مدبر او ام ولد ضمن السيد اى لا
العاقلة لان جنايتهما في مال المولى لا على العاقلة كذا في العناية الاقل
من القيمة ومن الارش لما روي عن ابي عبيدة بن الجراح انه قضى بجناية المدبر على
مولاه بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم فحل محل الاجماع ولان المولى صار
مانعا بالتدبير والاستيلاد عن تسليم رقبته بالجناية من غير اختياره الفداء

لعدم علمه بما يحدث فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل
من القيمة ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع للمولى
في اكثر من القيمة ولا يخير بين الاكثر والاقل لانه لا يفيد في جنس واحد
لانه يختار الاقل يقينا بخلاف ما اذا كان الجاني قنا حيث يخير بين الدفع والفدا
فلا يجب الاقل لان فيه فائدة لاختلاف الجنس لان من الناس من يختار دفع
العين ومنهم من يختار دفع النقد على ما هو الايسر عنده فان جنى جناية
اخرى شارك ولي الجناية الثانية ولي الجناية الاولى في القيمة ان دفعت
القيمة اليه اي الى ولي الجناية الاولى بقضاء القاضي والا اي وان لم تدفع القيمة
اليه بالقضاء فان شاء ولي الجناية الثانية اتبع ولي الاولى وان شاء اتبع
المولى عند ح وعندهما يتبع ولي الاولى بكل حال والاصل ههنا ان جنايات
المدبر لا توجب الا قيمة واحدة وان كثرت لانه لا منع من المولى الا في رقبة واحدة
ولان دفع القيمة فيه كدفع العين في القن ودفع العين في القن لا يتكرر
فكذا ما قام مقامها ويتضاربون بالحصص في القيمة فاذا كان كذلك اذا
جنى المدبر جناية ثم جنى اخرى وقد دفع المولى قيمته الى ولي الجناية الاولى
ان بقضاء قاض فلا شيء عليه فيتبع ولي الجناية الثانية ولي الاولى ويشاركه
فيما اخذه لان الضمان لزم المولى لاجل المنع الذي حصل منه في الرقبة
بالتدبير والاستيلاد وهو منع واحد فلا يلزم الا قيمة واحدة فصار كالجنايات
التي اجتمعت ثم دبره المولى كما سياتي ويتعلق حقهم برقبته على قدر حصصهم
وان دفعه بغير قضاء فولي الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع ولي الاولى
وان شاء اتبع المولى لان المولى سلم الى ولي الاولى ما تعلق به حق الثاني
هذا عند ح وقالا لا خيار له بل يتبع ولي الاولى سواء دفعه بقضاء او لا
لان المولى دفع الى الاول ولا حق للثاني فيه لان الجناية الثانية ليست موجودة
فيه حين دفع ولا علم له بما يحدث فلم يكن متعديا في الدفع فلا يلزمه الضمان
ثم ان قيمته يعتبر لكل واحد منهم في حال الجناية عليه لانه يستحقه في ذلك
الوقت حتى اذا قتل رجلا خطاء وقيمته الف ثم قتل اخر خطاء وقيمته الفان ثم قتل

اخر وقيمته خمسمائة يجب على المولى الفا درهم لانه جنى على الاوسط وقيمته الفان
فيكون لولي الوسط منها الف لا يشاركه فيه احد لان ولي الاول لا حق له
فيما زاد على الالف وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو الف درهم وكذا
الثالث لا حق له فيما زاد على خمسمائة لما ذكرناه ثم يعطي خمسمائة فيقسم بين الاول
والاوسط يضرب الاول بجميع حقه وهو عشرة الاف درهم ويضرب الاوسط
بما بقي من حقه وهو تسعة الاف لوصول الالف اليه فيبقى من قيمته خمسمائة
يقسم بين الثلثة لاستوائهم فيها فيضرب الثالث بعشرة الاف ويضرب
الاول بعشرة الا ما اخذ تلك المرة ويضرب الاوسط بعشرة الاف
الا ما اخذ في المرتين كذا في الزيلعي وان اعتق المولى المدبر وقد جنى
جنايات لا يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع ولا
منع من المولى الا في رقبة واحدة فصار وجود الاعتاق من بعد
وعدمه بمنزلة واحدة وكذا الحال في ام الولد وان اقر المدبر بجناية
خطاء لا يلزمه يلزم شيء على سيده في الحال ولا بعد عتقه لان موجب
جنايته خطاء على سيده واقراره به لا ينفذ على سيده باب
غصب العبد والصبي والمدبر والجناية في ذلك اي في الغصب لما ذكر حكم
المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر
حكم من يلحق به اعني العبد والصبي ولو قطع سيد يد عبده فغصب العبد فمات
العبد المغصوب من القطع اي من سرايته في يد الغاصب ضمن الغاصب
قيمته اي قيمة العبد مقطوعا يده وان قطع سيده يده عند الغاصب فمات
برئ الغاصب لان الغصب يوجب ضمان ما غصب ان لم يسترده المولى وان
استرده برئ الغاصب من الضمان ففي المسئلة لما قطعه المولى في يده
نقصت قيمته بالقطع فيجب على الغاصب قيمته حال كونه مقطوعا وفي الثانية
حين قطع المولى العبد في يد الغاصب صار مستردا له لاستيلائه عليه
فبرا الغاصب من ضمانه لوصول المغصوب الى المالك كذا في الزيلعي وذكر
صاحب الهداية في هذه المسئلة ان غصب العبد بعد قطع المولى يده

بعد السراية وقبله لا يقطعها وبين الفرق بينهما بان الغصب سبب الملك كالبيع
فيصير كانه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته مقطوعا ولم يوجد القاطع اي
قاطع السراية في المسئلة الثانية فكانت السراية مضافة الى البداية فصار
المولى متلفا له فيصير مستردا له وكيف لا يكون مستردا وانه استولى عليه
والاستيلاء استرداد فيبرأ الغاصب من الضمان واعترض بان هذا يخالف
مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء او رضاء
لان السراية انما ينقطع باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل
على الغاصب اما قبله فلا فان قيل اذا لم ينقطع السراية بالغصب فلم يضمن الغاصب
قيمته مقطوعا اجيب بانه انما ضمنه كذلك لان السراية وان لم ينقطع فالغصب
ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرء عنه الغاصب الا اذا ارتفع
الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب
ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية تثبت عليه حكما
لا حقيقة لان بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون
الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر
عليه الضمان ورد بانا لا نم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى
ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكميان بكمالهما والتأكيد الحقيقية
واجب الدفع لكونها عدوانا لا يصلح لا معارضا ولا مرجحا ولو غصب عبد محجور
مثله اي عبدا محجورا عليه فمات العبد المغصوب في يده اي يد الغاصب
ضمن الغاصب لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله في حال رقه فيؤاخذ
بالغصب لانه من افعاله واما في اقواله فان كان ما يوجب الحدود والقصاص
فكذلك وان كان ما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه وانما يؤاخذ به
بعد الحرية ولو غصب مدبرا فجنى عند غاصبه ثم جنى عند سيده اي بعد رد
الغاصب اليه او بالعكس اي جنى عند سيده ثم جنى عند الغاصب ضمن سيده
قيمته لهما اي لولي الجنايتين لان المولى بالتدبير السابق عجز نفسه عن الدفع
من غير ان يصير مختارا للفداء لانه لم يعلم حين دبر بجناية يحدث من المدبر في

المستقبل فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع منهم الا رقبة
واحدة فلا يزاد على قيمتها ويكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في
الموجب ويرجع السيد بنصفها اي نصف القيمة على الغاصب لانه ضمن القيمة
بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب والنصف الآخر بسبب وجد عنده
فيرجع عليه بسبب من عند الغاصب فصار كانه لم يسترد نصف لان رد المستحق
بسبب وجد عند الغاصب كلا رد ودفعه اي المولى النصف المأخوذ من الغاصب
الى ولي الجناية الاولى في الصورة الاولى اعني انه غصب مدبرا فجنى عند غاصبه
ثم عند سيده بعد الرد فالجناية الاولى هي الجناية عند الغاصب ثم رجع السيد
به اي بما دفعه الى ولي الجناية الاولى ثانيا عليه اي على الغاصب هذا عند الح
وابي يوسف وعند محمد لا يدفعه ولا يرجع ثانيا لان الذي يرجع به المولى على
الغاصب عوض ما سلم من جهته لولي الجناية الاولى لانه انما يرجع به على الغاصب
بسبب ذلك فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل منه في ملك
شخص واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق فاذا لم يدفعه سلم له ما اخذه من الغاصب
فلم يتصور الرجوع عليه ثانيا ولهما ان حق ولي الجناية الاولى في جميع القيمة
لانه حين جنى جنى عليه لا يزاحمه احد فيستحق كله وانتقص حقه باعتبار مزاحمة
الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا عن الحق اخذه ليتم
حقه واذا اخذه منه هو يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق
من يده بسبب كان في يد الغاصب واعترض عليه بان الجناية الثانية
مقارنة للاولى فكيف يكون حق الاولى في جميع القيمة واجيب بان المقارنة
جعلت حكما في حق التضمين لا غير حتى ضمن السيد لهما نصفين والجناية
الاولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم ولكن
لو فيز موجبها فلا يمنع بلا مانع والجواب عن قول محمد انه عوض ما سلم لولي الجناية
الاولى ان الامر كذلك لكن ذلك في حق المولى والغاصب لان ما اخذه المولى
من الغاصب عوض المدفوع الى ولي الجناية الاولى واما في حق المجني عليه فليس
كذلك بل هو عوض ما لم يسلم له بالنسبة اليه من حقه لان حقه في جميع

القيمة لعدم المزاحم حين جنى عليه على ما تقدم ويجوز ان يكون الشيء الواحد عوضا
لشيء بالنسبة الى شخص ولشيء آخر بالنسبة الى شخص آخر كالذمي اذا باع خمرا وقضى
بثمنها دين مسلم يجوز له اخذه لان ملك الدراهم ثمن الخمر في حق الذمي وبدل
الدين في حق المسلم وفي الصورة الثانية اعني صورة العكس يدفعه اي
يدفع النصف المأخوذ من الغاصب الى ولي الجناية الاولى بالاجماع اما عندهما فظاهر
لما بيناه في الصورة الاولى واما عند محمد فلانه انما منع الدفع الى ولي الاولى
في الصورة الاولى كيلا يجتمع البدل والمبدل منه في ملك شخص واحد على ما تقدم
بيانه وفي هذه الصورة لا يلزم ذلك لان ما اخذه المولى من الغاصب في
هذه الصورة عوض ما دفع الى ولي الجناية الثانية فاذا دفعه الى ولي الاولى
لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد ولا يرجع اي لا يرجع المولى بما دفعه الى
ولي الجناية الاولى على الغاصب ثانيا بالاجماع لان ما دفعه الى ولي الاولى بسبب
جناية وجد عنده لا عند الغاصب فلا يتصور الرجوع اليه بما دفعه الى ولي الاولى
والقن في الفصلين اي الصورتين المذكورتين كالمدبر يعني من غصب عبدا
فجنى عنده ثم رده الى سيده فجنى جناية اخرى عند سيده فان المولى يدفعه
الى ولي الجنايتين نصفين ثم يرجع على الغاصب بنصف قيمته فيدفع ما اخذه
من الغاصب الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بما دفعه على الغاصب ثانيا عندهما
وقال محمد لا يدفع ما اخذه من الغاصب الى ولي الاولى ولا يرجع به على الغاصب
بل يسلم له ما اخذه من الغاصب اعني نصف القيمة وان جنى عبد عند المولى ثم
غصبه رجل فجنى عند الغاصب جناية اخرى دفعه المولى الى ولي الجنايتين نصفين
ويرجع بنصف قيمته على الغاصب فيدفعه الى ولي الاولى ولا يرجع به ثانيا على
الغاصب لما تقدم والجواب في العبد في الصورتين كالجواب في المدبر في
جميع ما ذكرناه الا ان المولى يدفعه اي العبد الى ولي الجنايتين وفي المدبر
يدفع القيمة لعدم امكان دفع عين المدبر لما تعلق به من الحرية وحكم تكرار الرجوع
على الغاصب وحكم تكرار الدفع الى ولي الجناية الاولى كما في المدبر اختلافا واتفاقا
ففي الصورة الاولى يتكرر الدفع والرجوع عندهما لا عند محمد وفي الصورة الثانية

يتكرر

يتكرر الدفع ولا يتكرر الرجوع بالاتفاق ولو غصب رجل مدبرا مرتين فجنى عنده
في كل منهما وذلك بان غصب مدبرا فجنى عنده ثم رده على المولى ثم غصبه
ثم جنى جناية اخرى عنده غرم سيده قيمته لهما اي لولي الجنايتين نصفين
لانه منعه بالتدبير فيلزمه قيمة واحدة لان الممنوع رقبة واحدة فلا يلزمه الا
قيمة واحدة ورجع السيد بها اي بتلك القيمة على الغاصب لان الجنايتين كانتا
في يد الغاصب فاستحق المولى كله بسبب كان في يده فيرجع عليه بالكل
بخلاف المسألة المتقدمة فانه هناك استحق النصف بسبب كان في يد المالك
فيرجع بالنصف كذلك ودفع المولى نصفها اي نصف القيمة المأخوذة من
الغاصب الى ولي الجناية الاولى لانه استحق كل القيمة لعدم المزاحم عند الجناية
عليه وانما انتقص حقه لوجود المزاحم بعده ثم اذا وجد شيئا في يد المالك
اخذه ليتم حقه كما تقدم ورجع المولى به اي بالنصف المدفوع الى ولي الاولى
عليه اي على الغاصب ثانيا لان استحقاق هذا النصف ثانيا كان في يد
الغاصب فيرجع به عليه ويسلم له ذلك ولا يدفعه الى ولي الاولى لانه
استوفى حقه ولا الى ولي الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق
الاول عليه فيزاحمه في النصف وقد وصل اليه ذلك النصف فكان
مستوفيا حقه ايضا اتفاقا على الصحيح وقيل فيه خلاف محمد ووجه الفرق
له مذكور في الهداية وغيرها ومن غصب صبيا قال في العناية اي ذهب
به بغير اذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة
انتهى والاصل فيه ان الحر لا يدخل تحت اليد فلا يتحقق فيه حقيقة الغصب
لانه ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة حرا لان غصب العبد قد تقدم
فمات في يده فجاءة او بحمى فلا شيء عليه اي على الغاصب وان مات
بصاعقة او نهش حية فعلى عاقلته اي عاقلة الغاصب ديته وهذا استحسان
والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب
في الحر لا يتحقق الا ترى انه لا يتحقق في المكاتب وان كان صغيرا لكونه حرا يدا
مع انه رقيق رقبة فالحر رقبة ويدا اولى ان لا يضمن به وجه الاستحسان انه هذا

ضمان اتلاف لا ضمان غصب والصبي يضمن بالاتلاف لان نقله الى ارض مسبعة
او الى مكان الصواعق اتلاف سببا وهو متعد فيه بتفويت يد الحافظ وهو
الولي فيضمن وهذا لان الحيات والصواعق والسباع لا يكون في كل مكان
فاذا امكن حفظه عنه فاذا نقله اليه وهو متعد فيه فقد زال حفظ الولي عنه
متعديا فيضاف اليه لان شرط العلة بمنزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في
الطريق بخلاف الموت فجاءة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى
لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن وتجب الدية على
العاقلة لكونه قتلا تسبيبا بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه وان كان
صغيرا فانه ليس لاحد ولاية تزويجه فكان كالحر الكبير والحر الكبير في يد
نفسه فكذا المكاتب وان كان صغيرا والحر الصغير ليس في يد نفسه الا ترى
ان وليه يزوجه بغير رضاه وهو عاجز عن حفظ نفسه فاذا اخرجه من
يد المولى فمات متعديا ضمن فان قيل ما حكم الحر الكبير اذا غصب اي نقل الى
هذه الاماكن تعديا فاصابه شيء من ذلك اجيب عنه بان حكمه ان ينظر ان
كان الناقل قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه
بما صنع فيه من القيد فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه
لا يضمن لان العاقل البالغ اذا لم يحفظ نفسه مع تمكنه منه كان التلف مضافا
الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير مثل حكم الحر الكبير
المقيد كذا في العناية ولو قتل صبي عبدا مودعا عنده اي اودعه مولاه عند
الصبي ضمن عاقلته الصبي ديته اي قيمته لان دية العبد قيمته وان اكل الصبي
طعاما او اتلف مالا اودع عنده فلا ضمان على الصبي عند ح ومحمد خلافا
لابي يوسف والشافعي فعندهما يضمن في الوجهين لانه اتلف مالا معصوما
ولابي ح ومحمد ان غير العبد معصوم لحق المالك وقد فوته لدفعه الى يد الصبي
واما العبد فعصمته لحقه لبقائه على اصل الحرية في حق الدم ولو اودع عند
عبد محجور مال فاستهلكه ضمن بعد العتق لا في الحال خلافا له اي لابي يوسف
قال يؤخذ به في الحال وهو قول الشافعي وذكر في شرح الطحاوي ومن اودع

عند

عند صبي مالا فهلك في يده لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فانه
ينظر ان كان الصبي مأذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه
ولكنه قبل الوديعة باذن وليه ضمن بالاجماع وان كان قبل بغير اذن
وليه فلا ضمان عليه في قول ح ومحمد لا في الحال ولا بعد الادراك
وقال ابو يوسف يضمن في الحال واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من
غير ان يكون عنده وديعة ضمن في الحال انتهى هكذا ذكره في العناية
وقال هذا تقسيم حسن والاقراض والاعارة كالايداع فيهما اي في الصبي
والعبد يعني لو اقرض لهما او اعير فالحكم فيها كالحكم في الايداع عندهما والمراد
بالصبي العاقل ويدل عليه ما قال محمد في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي
الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثني عشر وفي غير العاقل يضمن
المال ايضا بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعل غير العاقل معتبر كما يضمن
العاقل ايضا مالا اتلفه بلا ايداع ونحوه **باب القسامة** وهي في
اللغة اسم للاقسام وفي الشرع ايمان يقسم بها اهل محلة او دار وجد فيها قتيل
به اثر جراحة يقول كل منهم بالله ما قتلت وما علمت له قاتلا وسببها وجود القتيل
فيما ذكرناه وشرطها بلوغ وعقل وحرية ووجود اثر القتل في الميت وتكميل
اليمين وحكمها القضاء بوجوب الدية ان حلفوا والحبس الى الحلف ان ابوا ان ادعى
الولي العمد وبالدية عند النكول اذا ادعى الخطاء كذا في العناية اذا وجد ميت
في محلة به اي بالميت اثر القتل من جرح او خروج دم من اذنه او عينه احترز
به عما خرج عن فمه او انفه او دبره او ذكره اذ لا قسامة فيها على ما سيأتي
او اثر خنق بكسر النون او ضرب ولم يدر قاتله اذ لو علم قاتله كان هو الخصم
وسقط القسامة وادعى وليه قتله عمدا او خطاء على اهلها اي المحلة او بعضهم
عطف على الاهل اي على بعض اهل المحلة انما شرط الدعوى لانه صاحب الحق
فشرط دعواه ولا بينة له اذ لو كانت له بينة سقط القسامة حلف من التحليف
على صيغة المجهول خمسون رجلا منهم اي من اهل المحلة يختارهم اي الخمسين الولي
اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لا الى الامام لان اليمين حق الولي

والظاهر انهما من تهمة بالقتل وهو الفسقة والشبان او صالحي اهل المحلة لان
تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ فيظهر القاتل ثم بين اليمين بقوله بالله ما قتلناه
ولا علمنا له قاتلا هذا على طريق الحكاية عن الجميع واما عند الحلف فيحلف كل واحد
منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا ولا يحلف بالله ما قتلناه ولا علمنا له
قاتلا لجواز انه باشر قتله بنفسه فيجترئ على اليمين بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا
يعني جميعا والاصل فيه ما روى ابن عباس ان النبي عم كتب الى اهل خيبر ان هذا
قتيل وجد بين اظهركم فما الذي يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت
في بني اسرائيل فانزل الله على موسى عم امرا فان كنت نبيا فاسئل الله مثل
ذلك فكتب عم اليهم ان الله تعالى اراني ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله
ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس
اي بالوحي ثم قضى على اهلها اي على عاقلة اهل المحلة بالدية لوجود القتيل بينهم
وقد ثبت انه عم جمع بين القسامة والدية وكذا عمر اي قضى على عاقلتهم بالدية في
ثلث سنين وما تم خلقه اي وجد سقط تام الخلق وبه اثر الضرب فهو كالكبير
حيث وجبت القسامة والدية عليهم لان تام الخلقة ينفصل حيا ظاهرا وان كان
ناقص الخلقة فلا شيء عليهم لانه انفصل ميتا ظاهرا ولا يحلف الولي وان حلفه
كان لوث اي علامة القتل على واحد بعينه اي لا يحلف اولياء المقتول بان
اهل المحلة قتلوه وان كان هناك لوث وقال الشافعي اذا كان هناك لوث
استحلف الاولياء خمسين يمينا ان اهل المحلة قتلوه فان حلفوا يقضى على اهل
المحلة بالدية عمدا كانت الدعوى او خطاء وقال مالك يقضى بالقود اذا كانت
الدعوى في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي والمراد باللوث عندهما ان
يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي اي الولي من
عداوة ظاهرة او يشهد عدل او جماعة غير عدل عند القاضي ان اهل المحلة قتلوه
وان لم يكن ثمه لوث استحلف المدعى عليهم اي يبدأ بيمين اهل المحلة فان حلفوا
فلا دية عليهم وان ابوا ان يحلفوا استحلف المدعون واستحقوا ما ادعوا وللشافعي
في البداية بيمين المدعي ما روي ان عبد الله بن سهل وجد قتيلا في قليب خيبر فقال

عمر يا رسول الله انا وجدنا قتيلا في قليب خيبر وذكر عداوة يهود لهم فقال
عم يبريكم يهود بخمسين يمينا انهم لم يقتلوه قال قلت فكيف نرضى بايمانهم
وهم مشركون قال فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من
يشهد له الظاهر ولهذا يجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي وهو
المدعي يبدأ بيمينه فيكون اليمين حجة له الا ان في هذه الحجة نوع شبهة
والقصاص عقوبة تسقط بالشبهة فلذا اوجب الدية في القول الجديد ولنا
قوله عم البينة للمدعي واليمين على من انكر فسوى في ذلك بين الدماء والاموال
وحكم فيها بحكم واحد ولان اليمين ليست بحجة لاستحقاق فلس فكيف يكون
حجة في استحقاق نفس واليمين عندنا ليظهر القتل بتحرزهم في اليمين
الكاذبة فيقروا فيجب القصاص واذا حلفوا حصل البراءة في القصاص
فان نقص اهلها عن الخمسين كررت اليمين الى ان تتم الخمسون لان الخمسين واجب
بالنص فيجب اتمامه ما امكن ولا يشترط فيه الوقوف على الفائدة والحكمة
لانه ثبت بالنص ومن نكل من اهل المحلة عن اليمين حبس حتى يحلف لان
الحلف فيه واجب بالنص وللتعظيم لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية
بخلاف النكول في الاموال لان الحلف فيها بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط
ببذل المدعي المال فلا معنى للحبس وهنا لا يسقط ببذل الدية فيحبس ومن
قال منهم اي من الذين طلب منهم اليمين من اهل المحلة قتله اي هذا المقتول
فلان استثناه في يمينه اي استثنى الفلان في يمينه بان قال ما قتلته
ولا عرفت له قاتلا غير لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله ذلك
فلا يقبل فيحلف على ذلك الوجه لانه لما اقر بالقتل صار مستثنى عن اليمين
فبقي حكم من سواه فيحلف عليه وان ادعى الولي القتل عمدا او خطاء على غيرهم
اي غير اهل المحلة سقطت القسامة والدية عنهم اي عن اهل المحلة لان ذلك
ابراء منه لاهل المحلة حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك عليهم كذا في قاضيخان
بخلاف ما لو ادعى ولي القتيل القتل عمدا او خطاء على رجل بعينه من اهل المحلة
التي وجد فيها القتيل حيث لا يبطل القسامة والدية عن اهل المحلة على ما صح

في قاضيخان ايضا قبيل المسئلة الاولى وهذا لان ايجاب القسامة عليهم دليل
على كون القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافيه لانه منهم هذا هو المشهور من
الرواية وفي رواية عن ابي حنيفة يكون ذلك الدعوى ايضا ابراء منه لاهل المحلة
فتسقط عنهم القسامة والدية ويقال للولي الك بينة فان قال لا يستحلف
المدعى عليه يمينا واحدة وهكذا روي عن ابي يوسف ايضا ولا تقبل شهادتهم
اي شهادة اهل المحلة على غيرهم اي غير اهل المحلة يعني لو اقام ولي القتيل شاهدين
من اهل المحلة بالقتل لا تقبل شهادتهما عند ابي حنيفة خلافا لهما قالا تقبل شهادة
اهل المحلة على غيرهم لان الولي لما ادعى القتل على غيرهم تبين انهم ليسوا بخصماء
له غاية الامر انهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطل ذلك بما ذكرناه
فلا يمنع من قبول الشهادة كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولابي حنيفة
انهم خصماء بانزالهم قاتلين بالتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان
خرجوا من الخصومة بعارض فانهم دفعوا عنهم مغرما كالوصي اذا خرج من الوصاية
بعد ما قبلها ببلوغ الغلام او بعزل القاضي فانه لا تقبل شهادته في حق الصغير
والحاصل ان من صار خصما في حادثة لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضية
ان يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل شهادته فيها وهذان الاصلان
مما اتفق عليها غير ان الامامين يجعلان اهل المحلة ممن له عرضية ان يصير
خصما فتقبل شهادتهم وابو حنيفة جعلهم ممن انتصب خصما بعين من الاصل الاول
فلا تقبل شهادتهم ولو ادعى اهل المحلة على رجل غائب من محلة اخرى ان ذلك
الرجل قتله وغاب واشهدوا على ذلك الرجل شاهدين ليسا منهم بل من محلة
اخرى تقبل شهادتهم ويدفع عنهم القسامة والدية كما في قاضيخان حيث قال
في باب ما يبطل دعوى المدعي ومن جنس المسائل التي تقبل الشهادة فيها
لدفع الخصومة عن نفسه وان كان متبلحقا لغيره اذا وجد القتيل في
محلة فادعى اهل المحلة انه قتله رجل اخر من محلة اخرى واقاموا البينة من
غير المحلة التي وجد فيها القتيل على ذلك الرجل بالقتل ذكر في الاصل ان هذه
البينة مقبولة فان ادعى اولياء القتيل على ذلك الرجل اخذوه بالدية

وان ابرأوه لم يكن للاولياء عليه ولا على اهل المحلة شيء جوز هذه البينة وان
اثبتوا الدية لغيرهم انتهى وقال في شرح الطحاوي وان لم تدع اولياء المقتول
لكن ادعى اهل المحلة على رجل منهم ان من غيرهم فانه يصح دعواهم فان اقاموا بينة
على ذلك الرجل يجب عليه القصاص في العمد والدية في الخطاء اذا وافقهم
الاولياء في الدعوى وان لم يوافقهم الاولياء في الدعوى على ذلك الرجل
فلا يجب على ذلك الرجل شيء لان الاولياء ابرؤه حيث انكروا قتله ولا يجب
على اهل المحلة شيء ايضا لانهم اثبتوا القتل على غيرهم وان لم يقم لهم البينة
وحلف ذلك الرجل فان القسامة يجب على اهل المحلة يحلفون بالله ما قتلوه
وما علموا له قاتلا غير فلان في قول ابي حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف
يحلفون بالله ما قتلنا كذا ذكره في فتاوى الفروي نقلا عن شرح الطحاوي
وعلى بعضهم ان ادعاه اي لا تقبل شهادة اهل المحلة على بعضهم بعينه ان ادعى
الولي القتل على ذلك البعض بعينه لان الخصومة قائمة على الكل بانزالهم قاتلين
على ما تقدم والشاهد يد فعها عن نفسه فيكون متهما اجماعا في دعوى
الاجماع نظر لانه ذكر في الهداية والزيلعي خلاف ابي يوسف في هذه
المسئلة ووجود اكثر البدن او نصفه مع الرأس كوجود كله في الاحكام
المذكورة ولا قسامة على صبي ومجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين
قول وامرأة وعبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهل النصرة
ولا قسامة ولا دية على احد اصلا في حي ميت لا اثر به او يخرج الدم من
فمه او انفه او دبره او ذكره لانه ليس بقتيل لان القتيل عند نا كل ميت
به اثر الضرب والجرح فما لا اثر به ليس بميت وكذا ما يخرج الدم من المواضع
المذكورة ليس بميت لان هذه المواضع قد يخرج الدم منها عادة بلا صنع فلا يستدل
به على كونه قتيلا لكنه اطلق خروج الدم من الفم وفصله في قاضيخان
حيث قال وان كان الدم يخرج من الفم ان كان يعلو من الجوف فهو قتيل وان
كان ينزل من الرأس لا يكون قتيلا فيحمل اطلاق المص على هذا او وجد اقل من
نصفه ولو وصليه مع الرأس او نصفه مشقوقا بالطول لان هذا ليس

في حكم القتيل عرف ذلك بالنص فلا شيء منه من القسامة والدية وان وجد قتيل
على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته اي عاقلة الرجل لا على اهل المحلة لان
الميت في يد الرجل فصار كانه في داره وكذا لو كان الرجل يقودها اي الدابة
او راكبها اي على عاقلة القائد والراكب لا على اهل المحلة لما ذكرناه وان اجتمعوا
اي السائق والقائد والراكب فعليهم اي فالدية عليهم لانه في ايديهم جميعا وان
وجد على دابة بين قريتين فعلى اقربهما وكذا ان وجد بين قبيلتين لان قتيلا
وجد بين قريتين على عهد النبي عم فامر ان يمسح بينهما فوجد الى احدى القريتين
اقرب فقضى عليهم بالقسامة والدية وروى عن عمر مثله وان استوى بين القريتين
والقبيلتين فعليهما معا ثم هذا اي لزوم القسامة والدية على اقرب القريتين
في الصورة الاولى وعلى اهل القريتين معا في الصورة الثانية ان كان
القتيل في موضع يسمع منه الصوت لاهل قرية في الصورة الاولى
ولاهلها في الصورة الثانية لانه اذا كان الميت في موضع يسمع الصوت
يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا فيجعلون قاتلين تقديرا بخلاف ما
اذا لم يكن في موضع يسمع منه الصوت فانه لا يلزمهم النصرة فلا ينسبون
الى التقصير فلا يجعلون قاتلين تقديرا وان وجد القتيل في دار نفسه
اي في دار سكن فيه بنفسه ولو بالاجارة او العارية فعلى عاقلته اي
فديته على عاقلة القتيل لورثته عند ح وعندهما لا شيء فيه وهو قول
زفر ايضا وفي الدرر وبه يفتى وفي الحاوي وبه نأخذ لهم ان الدار في
يده حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا ولا ح ان القسامة
انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال
ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في
دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه
يهدر دمه كذا في الهداية واعترض عليه في العناية بان قال فديته على
عاقلته لورثته عند ح ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة
فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهرا ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك

بان يقال

بان يقال عاقلة الميت اما ان يكون عاقلة الورثة او غيرهم فان كان الاول
كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وان كان
الثاني كان الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا اشار الى الاول في
حكم المسئلة والى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية
على عاقلته مضاف اي على عاقلة ورثته فان قيل ان الدية اذا وجبت
على عاقلة الورثة على التقدير المذكور فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم
ان يعقلوا عنهم لهم اجيب بانما تجب للمقتول حتى يقضي منها ديونه وينفذ
وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه نظيره الصبي والمعتوه اذا قتل اباه تجب
الدية على عاقلته ويكون ميراثا له واعلم انهم اتفقوا في وجوب الدية على
العاقلة في هذه المسئلة واختلفوا في وجوب القسامة عليهم على قول
ح منهم من قال لا تجب القسامة لانها تختص بمن يعلم بحال القتيل وليس ههنا
من يعلمه فلا يلزم القسامة ومنهم من قال انها تجب لجواز ان تكون جماعة
اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثمه من يعلم بحاله ولهذا اطلق
المص المسئلة ولم يصرح بوجوب الدية على ما صرح به في الهداية وان
وجد القتيل في دار انسان فعليه القسامة اي على صاحب الدار القسامة
ان ثبت بالحجة ان الدار له لان التدبير في حفظ الملك الخاص الى المالك
وعلى عاقلته الدية لان نصرته منهم وقوته بهم هذا اذا كان له عاقلة والا
فعليه كذا في الدرر واعلم ان صاحب الهداية ذكر هذه المسئلة اولا على
طبق ما ذكره المص وعللها بما ذكرناه من العلتين ثم ذكر وقال واذا وجد قتيل
في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه جميعا واعترض عليه بان
بينهما تدافعا فانه قال فيما ذكره اولا ان القسامة على صاحب الدار وقال فيما
ذكره ثانيا انها على صاحب الدار وعلى قومه اي عاقلته جميعا واجيب عنه
بانه اذا وجد قتيل في دار انسان فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات
وفي القسامة روايتان ففي احديهما تجب على صاحب الدار وفي
الاخرى عليه وعلى عاقلته فصاحب الهداية اختار اولا الرواية الاولى

وثانيا الرواية الثانية وحكي عن الكرخي انه يوفق بين الروايتين ويقول الرواية
التي توجب القسامة على صاحب الدار محمول على ما اذا كان قومه اي عاقلته
غيبا والرواية التي توجبها على قومه محمول على ما اذا كانوا حضورا وكلام الهداية
يدل على ان القسامة عليهما جميعا اذا كانوا حضورا قال في العناية ويوافقه
رواية فتاوى العتابي قلت ويوافقه ايضا كلام المصنف فانه قال وان كانت
العاقلة حضورا يدخلون في القسامة ايضا اي مثل صاحب الدار خلافا
لابي يوسف فانه قال لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره
فيكون التدبير حفظه اليه والا اي وان لم تكن العاقلة حضورا كررت
الايمان عليه اي على صاحب الدار والقسامة على الملاك دون السكان
عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف على الجميع والمراد بالملاك اصحاب الرقبة والسكان
هم المستاجرون والمستعيرون والمودعون والمرتهنون كذا في التاتارخانية
ولابي يوسف ان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى ايضا الا ترى
ان النبي عم جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما
ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم
وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر
فالنبي عم اقرهم على املاكهم فكان ياخذ منهم على وجه الخراج لا على وجه الاجارة
وهي اي القسامة هذا ابتداء مسئلة على اهل الخطة وهم الذين خط لهم
الامام وقسم الاراضي بخطه ليتميز انصباؤهم وملكهم حين فتح البلدة ولو
وصلية بقي منهم واحد دون المشترين عند ابي ح ومحمد وعنده اي عند ابي يوسف
على المشترين ايضا لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ ولهذا
جعلوا مقصرين جانين وولاية الحفظ باعتبار الملك وقد استووا فيه فصار
كالدار المشتركة بين واحد من اهل الخطة وبين المشتري ولو كان للخطة تاثير
في التقديم لما شاركه المشتري ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة
البقعة في العرف فيختص بعهدتها لان الدية والقسامة يجبان بحسبها
ولان اهل الخطة اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وفي

الدار

الدار المشتركة ولاية التدبير الى الملاك مطلقا بخلاف القرية والمحلة وقيل ابو ح
بنى ذلك على ما شاهد من عادة اهل الكوفة وان لم يبق من اهل الخطة احد
بان باعوا كلهم فعلى المشترين لان الولاية انتقلت اليهم لزوال من يتقدمهم على قول
ابي ح ومحمد او خلصت لهم لزوال من يزاحمهم وان بيعت دار فلم تقبض فعلى البايع
وعندهما على المشتري وفي البيع بخيار لاحد العاقدين من البايع والمشتري
على ذي اليد وعندهما على من يصير الملك له يعني اذا بيعت الدار ولم يقبضها
المشتري حتى وجد فيها قتيل فضمانه على عاقلة البايع وان كان في البيع بخيار
فهو على عاقلة الذي كان في يده عند ابي ح وقالا ان لم يكن فيه خيار فعلى
عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي يصير الملك له لانه انما
نزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ فلا يجب الا على من له الحفظ والولاية
تستفاد بالملك ولهذا لو كانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار
دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي الذي
شرط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر ولابي ح ان
القدرة على الحفظ باليد دون الملك الا ترى انه يقدر على الحفظ باليد
دون الملك ولا يقدر بالملك بدون اليد في الدار المغصوبة وفي البيع
البات اليد للبايع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما لانه دون البات
ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو احق الناس به تصرفا
وان كان الخيار للبايع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب
فيعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ بخلاف صدقة الفطر لانها تجب على
المالك لا على الضامن وهذه ضمان جناية فيجب على الضامن لان ضمان
الجناية لا يشترط فيه الملك وبخلاف ما اذا كانت الدار في يده وديعة
لان هذا الضمان ضمان ترك الحفظ وهو انما يجب على من كان قادرا على الحفظ
وهو من له يد اصالة لا يد صيانة ويد المودع يد نيابة وكذا المستعير
والمرتهن وكذا الغاصب لان يده يد امانة لان العقار لا يضمن بالغصب عندنا
كذا في الزيلعي ولا تدي عاقلة ذي اليد الا بحجة انها له اي اذا كانت دار

في يد رجل فوجد فيها قتيل لا تعقله عاقلته حتى يشهد الشهود انها لصاحب اليد
لان ملك صاحب اليد لا بد منه حتى تعقله عاقلته لكنها محتملة فلا تكفي لايجاب
الضمان على العاقلة كما لا تكفي في استحقاق الشفعة في الدار المشفوعة
لان ما ثبت بالظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ويصلح للدفع ولا فرق في ذلك
بين ان يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار وغيره عند الح كذا في
الزيلعي وان وجد القتيل في دار مشتركة بين سهام مختلفة اي سهامهم في
تلك الدار متفاوتة بان كانت بين ثلثة نفر مثلا لاحدهم النصف وللاخر
الثلث وللاخر السدس فالقسامة والدية على الروس ولا معتبر بتفاوت السهام
لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ
والتقصير فيكون على عدد الروس بمنزلة الشفعة وكذا اذا وجد القتيل في
محلة فالقسامة والدية على الروس لا على الاموال وان وجد القتيل في السفينة
فعلى من فيها اي فالقسامة والدية على من فيها من الملاحين والركاب لانها في
ايديهم فيستوي المالك وغيره فيها اما على قول ابي يوسف فظاهر لانه كان
يسوي في الدار بين السكان والملاك كما تقدم والفرق لهما بين الدار والسفينة
ان السفينة تنقل وتحول فيكون في اليد حقيقة فيعتبر فيها اليد دون
الملك كما في الدابة بخلاف الدار فانها لا تنقل فيكون اليد فيها حقيقة للساكن
وان وجد القتيل في مسجد محلة فعلى اهلها اي اهل المحلة لان التدبير والتصرف
في حفظ المسجد اليهم وفي الدرر ولو وجد القتيل في ارض او دار موقوفتين
على ارباب معلومة فعليهم لانهم احق الناس بالتدبير فيها ولو كانت موقوفة
على مسجد فكالمسجد انتهى وان وجد القتيل بين قريتين او قبيلتين فعلى اقربهما
لما ذكرناه عند قوله وان وجد على دابة بين قريتين وان وجد القتيل في سوق
مملوك فعلى المالك عند الح ومحمد وعند ابي يوسف على السكان في ذلك
السوق لان الاسواق المملوكة محفوظة بحفظ اربابها او سكانها على الخلاف
فالعهدة عليهم وفي غير المملوك كالشوارع الاعظم على بيت المال اي الدية على
بيت المال لان التدبير والتصرف في الشوارع الى الامام لانه نائب المسلمين

ولا قسامة

ولا قسامة فيها لانها لنفي تهمة القتل وذلك لا يتحقق في حق العامة واهل
الشوارع هي العامة بخلاف شارع المحلة فان القسامة والدية فيها على اهل المحلة
كما في مسجد المحلة اعلم ان الطريق ينقسم ابتداء الى قسمين احدهما طريق خاص
وهو ما يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل لا مخرج والاخر طريق عام
وهو ما لا يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل ومخرج ويسمى هذا بالشارع
وهو ايضا قسمان احدهما شارع المحلة وهو ما يكون المرور فيه اكثريا لاهل
المحلة وقد يكون لغيرهم ايضا وهذا ما قال في الينابيع وفي مسجد محلة
على اهلها كما لو وجد في شارع المحلة والاخر الشارع الاعظم وهو ما يكون
مرور جميع الطوائف فيه على السوية كالطريق الواسعة في الاسواق
وخارج البلدان وهذا ما قال في الهداية ومن وجد في الجامع والشارع
الاعظم فلا قسامة فيه كذا في الدرر هذا صريح في ان الشارع الاعظم
غير مختص بخارج البلد وهو الظاهر من اطلاق المتون والشروح والفتاوى
لكن افتى شيخ الاسلام ابو السعود اولا بعدم الاختصاص ثم رجع
وافتى باختصاصه بخارج البلدة وعمل القضاة اليوم بالاختصاص وكذا
لا قسامة والدية على بيت المال ان وجد القتيل في المسجد الجامع لما ذكرناه
في الشوارع قال في الزيلعي نقلا عن المنتقى اذا وجد قتيل في صف من
السوق فان كان اهل ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم فدية القتيل عليهم
وان كانوا لا يبيتون فيها فالدية على ملاك الحوانيت وكذا اي لا قسامة والدية
على بيت المال ان وجد القتيل في السجن لان تدبير السجن الى الامام هذا
عند الح ومحمد وعند ابي يوسف على اهل السجن اي السكان فيه لما تقدم
من اصله في مسئلة السكان والملاك وان وجد القتيل في برية غير مملوكة
ليس بقربه قرية يسمع منها الصوت فهو اي القتيل المذكور هدر لان في هذه
الحالة لا يلحقه غوث من غيره فلا يوصف احد بالتقصير ولا تنزل قاتلا بخلاف
ما اذا كان بقربه قرية يسمع منها الصوت فان القسامة والدية على اهل تلك
القرية لتقصيرهم ولو كانت البرية مملوكة لاحد فالقسامة والدية على المالك

ولهذا قيدناها بغير المملوكة ولو وجد القتيل في موضع مباح نحو الفلوات الا انه
في ايدي المسلمين كانت الدية في بيت المال كذا في قاضيخان وكذا اي هدر
لو وجد القتيل في وسط الفرات لان الفرات ليس في يد احد ولا في
ملكه اذا كان يمر به الماء فهدر ما وجد فيه من القتيل بخلاف ما اذا كان النهر
صغيرا تستحق به الشفعة حيث يكون ضمانه على اهله لقيام يدهم عليه قال في الزيلعي
نقلا عن شيخ الاسلام ان النهر العظيم اذا كان موضع انبعاث مائه في دار
الاسلام تجب الدية في بيت المال لانه موضع المسلمين بخلاف ما اذا كان
موضع انبعاث مائه في دار الحرب لانه يحتمل ان يكون قتيل اهل الحرب فهدر
والمراد بالفرات النهر العظيم مطلقا لا النهر المخصوص لعدم خصوصية الفرات
بذلك الحكم وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء مادام جاريا بالقتيل
غير محتبس كان حكم الشط كحكم الوسط كذا في العناية وان كان القتيل محتبسا
بالشط اي طرف النهر فعلى اقرب القرى منه اي من ذلك الطرف لان ذلك الطرف
في ايديهم يستقون منه ويوردون دوابهم عليه فكانوا اخص بتصرفه من
غيرهم فيكون ضمان المحتبس فيه عليهم لانه كالموضوع في الشط لكن هذا اذا كان
ذلك الطرف بحيث يصل الصوت منه اهل تلك القرى والا نحو والا فلا قسامة
ولا دية على احد كذا في قاضيخان ولو التقى قوم من المسلمين عصبية بخلاف ما
اذا التقى المسلمون مع الكافرين فان ذكره سيأتي مصرحا بالسيوف ثم اجلوا
اي تفرقوا عن قتيل لهم اي ظهر في موضع التقائهم قتيل فعلى اهل المحلة لان
حفظ المحلة عن مثل ذلك واجب عليهم فاذا لم يعرف قاتله جعل عليهم القسامة
والدية لتقصيرهم في الحفظ الا ان يدعي وليه اي ولي القتيل على القوم كلهم او على
معين منهم اي من القوم فتسقط القسامة والدية عنهم اي عن اهل المحلة لانه ابرأهم
بهذه الدعوى ولا يثبت دعوى الولي على القوم كلهم او على معين الا بحجة اذ بمجرد
الدعوى لا يثبت الحق لكن يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه
لاستلزامه الابراء عن اهل المحلة ولو وجد القتيل في معسكر اقاموا بارض
غير مملوكة لاحد فان وجد في خباء اي خيمة او فسطاط فعلى ربه اي فالقسامة

والدية على ربه اي رب الخباء او الفسطاط الخباء الخيمة من الصوف والفسطاط
الخيمة العظيمة والمراد بربها من يسكن فيها وهذا لانه في يد الساكن كما في
الدار فيكون تدبيره اليه والا اي وان لم يوجد في خباء او فسطاط بل
وجد في خارج منها فعلى الاقرب منه اي على اقرب الاخبية منه اعتبارا لليد
عند انعدام الملك كذا في الهداية قالوا هذا اذا نزلوا قبائل متفرقين اما ان
نزلوا مختلطين فالقسامة والدية عليهم جميعا لانهم لما نزلوا جملة صارت
الامكنة كلها بمنزلة محلة واحدة فيكون من وجد فيهم من القتيل منسوبا اليهم جميعا
فيكون من وجد خارج الاخبية والفسطاط مضمونا عليهم وقال في الزيلعي
ان وجد القتيل في خارج الاخبية والفسطاط ينظر ان كانوا نزلوا
قبائل متفرقين فعلى القبيلة التي وجد فيها القتيل وان وجد بين القبيلتين
فعلى اقربهما وان استويا فعليهما جميعا وان كانوا قد قاتلوا عدوا فلا قسامة
ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فيكون هدرا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين
المسألة المتقدمة من انه اذا التقى قوم بالسيوف ثم اجلوا عن قتيل فالقسامة
والدية عليهم بل على اهل المحلة قيل في الفرق ان القتال اذا كان بين المسلمين
والمشركين في موضع في دار الاسلام ولا يدرى ان القاتل من ايهما يرجح
احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح لانهم لا يتركون الكافرين
في مثل ذلك الموضع فيقتلون المسلمين واما في المسلمين بين الطرفين
عصبية فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل
مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على اهل ذلك المكان لورود النص باضافة
القتل اليهم عند الاشكال وان كان الارض مملوكة لاحد اي الارض التي نزل
فيها العسكر فالعسكر كالسكان فالقسامة على المالك اي مالك الارض وكذا
الدية لا عليهم اي على السكان في تلك الارض عند الح ومحمد خلافا لابي يوسف
فان عنده على السكان كما تقدم وجه الطرفين من قبل ومن جرح على صيغة المجهول
في قبيلة ثم نقل الى اهله فلم يزل ذا فراش حتى مات فالقسامة وكذا الدية
على القبيلة عند الامام وعند ابي يوسف لا شيء فيه لان الذي وجد في القبيلة

او المحلة ليس بقتل لان الجرح غير القتل فلا ضمان فيه ولا بحث ان الجرح اذا اتصل
به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص في العمد والدية في الخطأ وان
لم يكن صاحب فراش احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو كان
مع الجريح رجل فحمل الجريح الى اهله فمكث يوما او يومين فمات في اهله
فلا ضمان على الرجل عند ابي يوسف وفي قياس قول الامام يضمن لان يده
بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده جريحا في المحلة كذا في
الهداية ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد احدهما مذبوحا
ضمن الاخر ديته عند ابي يوسف خلافا لمحمد لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل
ان الاخر قتله فلا يضمن بالشك فصار كما اذا وجد كلاهما مذبوحا في ذلك
البيت ولابي يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان توهم ذلك
ساقطا فصار كما اذا وجد في محلة وافق بعض مشايخ الاسلام بضمان نصف
الدية عملا بالقولين كما في الاختيار المشترك ولو وجد القتيل في قرية او محلة
او دار لامرأة كرر اليمين عليها اي على امرأة وتدي اي يضمن الدية عاقلتها اي
عاقلة المرأة بتي القسامة عليها ويكرر والدية على عاقلتها عند ابي ح ومحمد وعند
ابي يوسف على عاقلتها القسامة ايضا اي كالدية لان القسامة لا تجب الا على من
كان من اهل النصرة وهي ليست من اهلها فاشبهت الصبي فيكون على عاقلتها مثل
الدية ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة فتكون القسامة
عليها قال المتأخرون من اصحابنا والمرأة تدخل في التحمل اي تحمل الدية مع العاقلة
في هذه المسئلة دون غيرها على ما يجيء في المعاقل وانما دخلت في
هذه الصورة لانها نزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت في تحمل الدية ايضا
بخلاف غيرها من الصور فان المرأة لا تدخل فيها في القسامة بل يجب على
الرجال فلا تدخل في الدية ايضا وفي قاضيخان امرأة قتلت رجلا خطاء
حتى وجبت الدية على عاقلتها هل يجب عليها شيء من تلك الدية اختلف فيه المشايخ قال
بعضهم لا يلزمها وكذلك لو كان الجاني مجنونا او صبيا فان جميع الدية يكون
على عاقلته في قول هؤلاء والصحيح ان القاتل يشارك العاقلة كان القاتل امرأة او صبيا

او مجنونا

او مجنونا انتهى ولو وجد القتيل في ارض رجل في جنب قرية ليس صاحب الارض
منها اي من تلك القرية فهو يعني القسامة والدية على صاحب الارض لانه
احق بنصرة ارضه من اهل القرية لان الحفظ والتدبير في الارض الى صاحبه
لا الى اهل القرية ولو وجد القتيل في ارض موقوفة او دار موقوفة على
ارباب معلومة فالقسامة والدية على اربابها لو كانوا في موضع يسمع
منه الصوت لان تدبيره اليهم ولو كانت موقوفة على المسجد فهو كما لو وجد
في المسجد وقد تقدم حكمه ولو كان الارباب في موضع لا يسمع منه
الصوت فلا **كتاب المعاقل** هي جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف بمعنى
العقل وهي الدية سميت به لانها تعقل الدماء من ان تسفك والعاقلة
من يؤديها اي الدية قال في المصباح ودافع الدية عاقل والجمع عاقلة
وجمع العاقلة عواقل وهم اي العاقلة اهل الديوان اي من اهل ديوانهم
من اهل مصرهم لا من مصر اخر فيعقل عن اهل سواده لا من اهل مصر اخر
ولا من اهل البادية وقيل يعقل من اهل مصر اخر لا من اهل البادية فعاقلة
الرجل اهل ديوانه من اهل مصره او سواده فان كان من الغزاة فالغزاة
وان كان من الكتاب فالكتاب وهكذا كذا في شرح النقاية والديوان
هي جريدة الحساب مجموعة من القراطيس يقال ان عمر اول من دون الدواوين
في العرب اي رتب الجرايد للعمال والولاة والقضاة ويقال فلان
من اهل الديوان اي ممن اثبت نفسه في الجريدة ان كان القاتل منهم
اي من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم اي من وظائفهم التي كانوا
يأخذونها من بيت المال لا من اصل مالهم لان اهل الديوان هم الذين
لهم رزق في بيت المال وكتب اسماؤهم في الديوان والمراد بعطاياهم
هنا عطاياهم الثلث تحقيقا للتخفيف وهي تخرج غالبا في ثلث سنين
ولهذا قال في ثلاث سنين فان عمر لما دون الدواوين جعل الدية
على اهل الديوان بمحضر من الصحابة من غير نكير والتقدير بثلاث سنين
مروي عن النبي عم وحكي عن عمر ولان الاخذ من عطاياهم للتخفيف وهي تخرج

في كل سنة مرة واحدة فتؤخذ في ثلاث سنين فان خرجت ثلاث عطايا
في اقل من ثلاث سنين بان خرجت في سنة واحدة او سنتين ثلاث
عطايا او اكثر من ثلاث سنين اخذ منها اي ما خرج في اقل من ثلاث
سنين او اكثر منها لحصول المقصود به لان المقصود التخفيف وقد حصل ذلك
بالاخذ منها والحاصل ان الدية تجب على العاقلة في ثلاث عطاياهم فان
خرجت عطاياهم الثلاث في ثلاث سنين كما هو الغالب تؤخذ من عطاياهم
في ثلاث سنين وان خرجت عطاياهم الثلاث في سنة واحدة تؤخذ
جميع الدية في سنة واحدة لحصول المقصود من التفريق الى ثلاث سنين
وهو التخفيف وان خرجت عطاياهم الثلاث في اكثر من ثلاث سنين
يؤخذ منها حتى لو خرجت في ست سنين تؤخذ الدية منها في كل سنة
سدسها وهكذا لان المقصود يحصل بذلك ثم المراد من العطايا الثلاث
هي العطايا المفروضة للسنين المستقبلة لا للسنين الماضية حتى لو كانت
عطايا السنين الماضية اجتمعت قبل قضاء القاضي بالدية على العاقلة
ثم قضى بها عليهم لا يؤخذ من العطايا الماضية بل يؤخذ من العطايا المستقبلة
لان ابتداء وجوب الدية على العاقلة من حين قضاء القاضي لا من حين
القتل لان من عليه الدية غير معلوم قبل القضاء بها لكونه مجتهدا فيه لان في
العاقلة كما قال بعضهم هم اهل الديوان وعليه مشايخنا وقال بعضهم
هم العشيرة وعليه الشافعي فلا يتعين الا بالقضاء وكذا الواجب في
نفسه غير متعين قبل القضاء فان ولاية التعيين فيه الى القاضي ان شاء
قضى بالابل وان شاء بالدراهم وان شاء بالدنانير ومن لم يكن منهم اي من اهل
الديوان فعاقلته قبيلته لان التناصر بالقبيلة فسر القبيلة في شرح المجمع
بالعصبة من النسب واستدل عليه بما روي انه عم اوجب الدية على عصبة
القاتل قال علاء الدين الاسود في شرح الوقاية نقلا عن شرح الكافي
ومن جنى من اهل البادية الذين لا ديوان لهم فرضت الدية على عواقلهم في ثلاث
سنين على الاقرب فالاقرب على الاخوة ثم بني الاخوة ثم الاعمام ثم بني الاعمام

على ما عرف من ترتيب العصبات وهل يدخل الابنون والاباء بعضهم قالوا يدخلون
لانهم اقرب وبعضهم قالوا لا يدخلون لان الانتصار غير معتاد من الابناء
والاباء انتهى يؤخذ منهم اي من قبيلته في ثلاث سنين والتقدير بثلاث
سنين لما ذكرناه من قبل من كل واحد اي يؤخذ من كل واحد من احاد القبيلة
في مجموع ثلاث سنين ثلاثة دراهم او اربعة دراهم كل سنة درهم اي يؤخذ
من كل منهم في كل سنة درهم فقط ليكون الماخوذ في مجموع ثلاث سنين
ثلاثة دراهم او درهم وثلث درهم اي يؤخذ من كل منهم في كل سنة درهم
وثلث درهم ليكون الماخوذ في مجموع ثلاث سنين اربعة دراهم لا يزاد الواحد
على ثلثة دراهم او اربعة وينقص منها هو الاصح لان محمدا نص عليه حيث
قال لا يزاد كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ
من كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ
من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وقيل في كل
سنة ثلثة دراهم او اربعة وانما كان الاول اصح لحصول معنى التخفيف بذلك
بخلاف هذا لانه لو اخذ في كل سنة ثلثة دراهم يكون في ثلاث سنين
تسعة دراهم ولو اخذ في كل سنة اربعة يكون في ثلاث سنين اثني
عشر فيخرج من التخفيف فان لم تتسع القبيلة لذلك اي الدية ضم اليهم اي الى
القبيلة اقرب القبائل نسبا على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام
ثم بنوهم واما الاباء اي اباء القاتل وابناؤهم فقد اختلفوا فيه قيل يدخلون
فيهم لقربهم وقيل لا يدخلون كما تقدم قالوا هذا في حق العرب لانهم حفظوا
انسابهم فامكن ايجابه على اقرب القبائل واما العجم فقد ضيعوا انسابهم فلا يمكن
ذلك في حقهم فان لم يمكن فقد اختلفوا فيه قال بعضهم يعتبر المحال والقرى
الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي من الدية في مال الجاني والقاتل
كاحدهم اي كواحد من العاقلة لانه هو القاتل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة
غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية لانه معذور ولهذا لا يجب
عليه الكل فكذا البعض اذ الجزء لا يخالف الكل قلنا ايجاب الكل عليه اجحاف

واستيصال ولا كذلك ايجاب البعض ولانها تجب للنصرة وهو ينصر نفسه مثل
ما ينصر غيره بل اشد فكان اولى بالايجاب عليه وان كان القاتل ممن يتناصرون
بالحرف او بالحلف هو بكسر الحاء العهد بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر
والمراد به ولاء الموالاة كذا في العناية فعاقلته اهل حرفته او حلفه لانهم
يتناصرون به وعاقلة المعتق ومولى الموالاة مولاه وعاقلته اى عاقلة مولاه
يعني ان عاقلة المعتق قبيلة مولاه لان نصرته بهم وعاقلة مولى الموالاة مولاه
وقبيلة مولاه اى الذى عاقده لان العرب يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة
كذا في الزيلعي ولا يخفى عليك ان قوله ومولى الموالاة مولاه وعاقلته
تكرار بعد قوله او بالحلف لان المراد بالحلف ولاء الموالاة على ما في العناية
وعاقلة ولد الملاعنة عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان
عقلوا عنه ثم ادعاه الاب اى بعد ما عقلوا رجعوا على عاقلته بما غرموا
اى على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام
على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر
ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى
ظهر ان النسب كان ثابتا منه من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا
على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك كذا في الهداية
والزيلعي وانما تعقل العاقلة ما وجب بنفس القتل لان القاتل انما قصر
في القتل بانتصاره بالعاقلة فكانوا مقصرين في ترك مراقبته
بيانه ان القاتل خطاء معذور وكذا القاتل شبه عمد معذور لان
الالة ليست للقتل بل للتاديب وللنفس احترام لا يجوز اهدارها ولا وجه
لايجاب القود على القاتل المعذور وفي ايجاب مال عظيم اى تمام الدية
استيصال له فضم اليه العاقلة لانه انما قصر بقوة حاصلة فيه
وهي بانتصاره بالعاقلة فكانوا مقصرين في ترك مراقبته فخصوا به
ولان النص الوارد في ايجاب الدية على العاقلة ورد في نفس القتل
بالخطاء وهو قوله عم للاولياء الضاربة قوموا فدوه وشبه العمد

في معناه ويحمل العاقلة ايضا قدر ارش موضحة فصاعدا لان الواجب فيه
الدية وهي على العاقلة فلا تعقل العاقلة جناية عمد الا في مسئلة وهي
ما اذا عفى بعض الاولياء او صالح عنه فان نصيب الباقين ينقلب مالا وتحمل
العاقلة كذا في جنايات الاشباه نقلا عن شرح المجمع قلت هذا خلاف
الصحيح بل الصحيح انه يلزم العامل كما تقدم في فصل سقوط القصاص
ولا جناية عبد ولا ما لزم بصلح او اعتراف لما روى انه عم قال لا تعقل العواقل
عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة كذا روى
وفي القاموس انه ليس بحديث كما توهم الجوهري ولانه لا يتناصر بالعبد
والصلح والاعتراف لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم ولا يلزم عليهم
مراقبته على العبد ولان ما لم يجب بنفس القتل ابتداء لم يلزم العاقلة الا ان
يصدقوه لان التصديق اقرار فيلزمهم باقرارهم لان لهم ولاية على انفسهم
والامتناع كان لحقهم وقد زال او ان يقوم البينة فان العاقلة تعقل ايضا
في الصور المذكورة لان ما ثبت بالبينة كالمشاهد لانها كاسمها مبينة وتقبل
البينة هنا مع الاقرار وان كانت لا تعتبر معه لانها تثبت ما ليس بثابت باقرار
المدعى عليه وهو الوجوب على العاقلة ولو اقر بالقتل خطاء فلم يرتفعوا الى
الحاكم الا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين
كان اول المدة يوم يقضى عليه لان التاجيل من وقت القضاء بالبينة
فكذا في الثابت بالاقرار بل اولى لانه اضعف ولو تصادق القاتل وولي
المقتول على ان قاضي بلد كذا قضى بالبينة على عاقلته وكذبهما العاقلة فلا شئ
على العاقلة لان تصادقهما لا يكون حجة عليهم ولم يكن عليه شئ في ماله
لان الدية بتصادقهما تقرر على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في
حقهما فلم يلزمه الا حصته بخلاف الصلح والاقرار حيث يجب جميع الدية على المقر
لانه لم يوجد التصديق من الولي والقضاء بالدية على العاقلة وقد وجد هنا
فافترقا كذا في الزيلعي والهداية ولا اقل اى لا تعقل العاقلة اقل من نصف
عشر الدية اى اقل من ارش الموضحة فصاعدا لما روينا بل ذلك اى بل يجب

موجب الجناية في هذه الصور كلها على الجاني لا على العاقلة ولا يدخل النساء
ولا الصبيان في العقل لقول عمر لا يعقل مع العواقل صبي ولا امرأة ولان
العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالنساء
والصبيان ولا يعقل مسلم من كافر ولا بالعكس لعدم التناصر بين كافر ومسلم
ويعقل الكافر عن الكافر وان وصلية اختلفا ملة لان الكفر كله ملة واحدة
ان لم يكن العداوة بين الملتين ظاهرة كاليهود مع النصارى لان عند عدم ظهور
العداوة بينهما يتحقق التناصر بخلاف ما اذا ظهرت العداوة بينهما فانه ينقطع
التناصر بينهم وان لم يكن للذمي عاقلة فالدية في ماله في ثلاث سنين
من يوم قضي عليه بها لان الوجوب بعد القضاء كما في حق المسلم والمسلم
يعقل عنه بيت المال ان لم يكن له عاقلة لان بيت المال لمصالح المسلمين وقيل
كالذمي اي في ماله وان جنى حر على عبد خطاء فعلى العاقلة اي جني عليه
بالقتل لان العاقلة لا يتحمل اطراف العبد وقال الشافعي لا يتحمل النفس ايضا
بل يجب في مال القاتل لانه بدل المال وقد ورد في الحديث لا تعقل العاقلة
عمدا ولا عبدا قلنا انه ادمي فتحمله العاقلة كالحر بخلاف ما دون النفس لانه
يسلك به مسلك الاموال والمراد بالحديث جناية العبد على الحر بطريق اضافة
المصدر الى الفاعل لا الجناية الحر على العبد **كتاب الوصايا** ايراد كتاب
الوصايا في هذا الكتاب لان اخر احوال الادمي في الدنيا الموت والوصية
معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات
لان الجناية قد يفضي الى الموت الذي وقته وقت الوصية والوصية اسم
بمعنى المصدر سمي به الموصى به والايصاء لغة طلب شئ من غيره ليفعله في
غيبة حال حيوته وبعد وفاته وشرعا يستعمل تارة باللام يقال اوصى
فلان لفلان بكذا بمعنى ملكه بعد موته ويستعمل اخرى بالى يقال اوصى
فلانا الى فلان بكذا بمعنى جعله وصيا له يتصرف في ماله واطفاله
موته والمص عقد بكل بابا من الوصية بابا وقسم الاول على ستة ابواب الثاني
على بابين كما ترى قال الوصية شرعا تمليك مضاف الى ما بعد الموت لا بطريق

اللزوم بل بطريق التبرع حتى جاز رجوعه وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان
وما يجري مجراه من الالفاظ المستعملة في الوصية وشرائطها كون الموصي
اهلا للتبرع ولا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يولد
واجنبيا عن الميراث وان لا يكون قاتلا وكون الموصى به بعد موت الموصي
شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حيوة الموصي سواء
كان موجودا في الحال او معدوما وان يكون مقدار الثلث حتى لا يجوز
الزائد عليه الا باجازة الورثة وهي اي الوصية شروع في بيان صفتها مستحبة
هذا اذا لم يكن عليه حق مستحق لله تعالى والا فهي واجبة كالزكوة والصيام
والحج والصلوة التي فرط فيها بما دون الثلث ان كانت الورثة اغنياء او يستغنون
بانصبائهم لانه تردد بين الصدقة على الاجنبي والهبة للقريب والاول
اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى والا اي وان لم يكن الورثة اغنياء ولا مستغنين
بانصبائهم او لم يكن احدهما فتركها احب لانه ترك الوصية صدقة على
القريب بقدر الوصية والوصية للاجنبي تصدق عليه فالاول اولى لقوله عم
افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولا تصح شروع في بيان شرائطها
بما زاد على الثلث لان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال اليهم وهو
استغناؤه عن المال الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث
ليتدارك تقصيره واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم
تحرزا عما يتفق لهم من التاذي بالايثار فقالوا ومن الحيف في الوصية الزيادة
على الثلث والوصية للورثة بخلاف ما اذا لم يكن له وارث فانه تصح وصيته
بكل ماله لعدم المانع وهو تعلق حق الورثة حتى لو قال لرجل هذا اخي او قال
ابني ومات مصرا على اقراره اخذ الرجل جميع التركة بحكم الوصية لان هذا
اللفظ وصية ولم يكن له وارث معروف فيعمل الوصية عملها ولا لقاتله مباشرة
لقوله عم لا وصية لقاتل وهو باطلاقه يتناول القاتل مباشرة عمدا او خطاء
ولذا اطلقه ولم يقيد بالعمد بخلاف التسبيب لان المسبب ليس بقاتل حقيقة
فلا يتناوله ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فحرم الوصية كالميراث سواء

سواء اوصى قبل القتل ثم قتله او اوصى له بعد الجرح لاطلاق ما روينا فان قيل
المقتول ميت باجله فكيف يصح ان يقال استعجل ما اخره الله تعالى قلنا هذه
مسئلة كلامية لسبطنا الجواب عنها في شرحنا على منار بنناه في الكلام
ولابد ان نستثنى الصبي والمجنون لان القاتل اذا كان صبيا او مجنونا يصح الوصية
وان لم تجز الورثة كما في قاضيخان وكذا يجوز الوصية لقاتله وليس له وارث
غير قاتله وكذا يجوز الوصية لاصول قاتله وفروعه وهل يصح عفو المجروح
قاتله عن دم العمد والخطاء ففي الخلاصة والبزازية انه يجوز لكن يعتبر عفوه
عن دم العمد من كل المال لانه ليس بمال وعفوه عن دم الخطاء يعتبر من ثلث
التركة لانه مال لانه عفو عن الدية وقد تقدم في الجناية ولا لوارثه لقوله
ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارثه ولان البعض يتاذى
بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم والمعتبر وقت الموت لا وقت الوصية
لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر وقت التمليك حتى لو اوصى لاخيه
وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ لانه ليس بوارث وقت الموت
بخلاف عكسه بان اوصى لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصى
بطلت الوصية للاخ لانه وارث وقت الموت ولهذا قال في قاضيخان ولو اوصى
للاخوة الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لانهم
لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب
وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن
ولا بنت كانت الوصية كلها للاخ لاب لانه لا يرث وبطلت للاخ لاب وام
وللاخ لام لانهما يرثان والهبة والصدقة من المريض لوارثه في هذا نظير
الوصية لانهما وصيتان حكما حتى كانا معتبرين من الثلث بخلاف اقرار المريض
لوارثه فانه على عكس الوصية في هذا حيث يعتبر كونه وارثا او غير وارث
عند الاقرار لانه تصرف في الحال فيعتبر حاله في ذلك الوقت حتى لو اقر
لشخص وهو ليس بوارث جاز الاقرار له وان صار وارثا بعد ذلك ولكن
شرطه ان يكون وارثا بسبب حادث بعد الاقرار وهو الحرية واما اذا كان وارثا

بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا كذا في العناية
ثم بين ذلك نقلا عن النهاية في مريض اقر بدين لابنه العبد فاعتق الابن
فان الاقرار يصح لان وراثة الابن تثبت بسبب حادث بعد الاقرار وهو
الحرية وقبله كان عبدا فلا يكون وارثا لابيه فهذا الاقرار في المعنى حصل
للمولى وهو اجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث بعد الاقرار
الا باجازة الورثة راجع الى كله من الثلثة المذكورة وهل يشترط علم المجيز
بالوصية في صحة الاجازة قالوا نعم ففي قاضيخان رجل اوصى بوصايا
فبلغ ورثته ان اباهم اوصى بوصايا ولا يعلمون ما اوصى به فقالوا قد اجزنا
ما اوصى به ذكر في المنتقى انه لا يصح اجازتهم وانما يصح اجازتهم اذا
اجازوا بعد العلم انتهى ويشترط ان يكون المجيز من اهل التبرع بان يكون
عاقلا بالغا وان اجاز البعض دون البعض يجوز على المجيز بقدر حصته
دون غيره لولايته على نفسه لا على غيره وهل يعتبر اجازتهم في حال
حيوة الموصى قالوا لا يعتبر اجازتهم في حال حيوته لانها وقعت قبل ثبوت
الحق لهم اذ الحق انما يثبت لهم بالموت فكان لهم ان يرجعوا عن الاجازة بعد
موت الموصى ويرد تلك الاجازة لانها وقعت ساقطة لعدم مصادفة
المحل وكل ساقط في نفسه مضمحل متلاش فكان لهم ان يردوه بعد
موت المورث فان قيل كيف تكون تلك الاجازة ساقطة مع ثبوت حق
الورثة في ماله من اول ما مرض بدليل منعه من التصرف به لحقهم
لكن ذلك الثبوت على سبيل التوقف فاذا مات ظهر ان حقهم كان ثابتا
من اول المرض وان الاجازة صادفت محلها لاستناد حقهم الى اول
المرض فصار كاجازتهم بعد موته اجيب بان الاستناد انما يظهر في
حق القائم فاجازتهم حين وقعت في حيوته وقعت باطلة وما وقع
باطلا لا يكون قائما بنفسه فلا يظهر في حقه الاستناد وبان حقيقة
الملك للورثة يثبت عند الموت وقبله يثبت لهم مجرد الحق فلو استند من
كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل موته وهذا لا يتصور لوجود المانع

وهو ملك الموروث حقيقة فاذا لم يتصور بقي حقا على حاله لا حقيقة والرضاء
ببطلان ذلك الحق لا يصير رضاء ببطلان حقيقة الملك الذي يحدث
لهم بعد موته بخلاف ما اذا اجازوها بعد موته فانه لا يكون لهم ان يرجعوا
عنها لانها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة فيلزم ثم اذا وقعت الاجازة بعد
موت الموصي فهل تمليك المجاز له من قبل الموصي او من قبل المجيز فيه اختلاف
فقال اصحابنا انه تمليك من قبل الموصي حتى يجبر الوارث على التسليم ولو اعتق
عبدا في مرضه ولا مال له غيره واجازت الورثة العتق كان له الولاء
كله له ولو كان الوارث متزوجا بجارية الميت ولا مال له غيرها فاوصى
بها لغيره فاجاز الوارث وهو الزوج الوصية لا يبطل نكاحه وقال
الشافعي انه يملك من قبل المجيز حتى لا يجبر على التسليم ويكون له ثلثا الولاء
في مسئلة العتق ويبطل نكاحه لان الميت لا حق له الا في الثلث ولهذا
لا ينفذ وصيته فيما زاد على الثلث ويبطلها الوارث فيكون الزائد على الثلث
ملكا للوارث حقيقة فاذا اجاز صار ملكا له من جهته ضرورة وتمامه
في الزيلعي وكذا تصح الوصية بالنصف للاجنبي كما اذا ماتت المراة وتركت
زوجا وقد اوصت بنصف مالها للاجنبي كان للاجنبي نصف مالها وللزوج ثلث
مالها والسدس لبيت المال لان الاجنبي ياخذ ثلث المال اولا بلا منازعة
بقي ثلثا المال فياخذ الاجنبي تمام وصيته وهو السدس فبقي السدس
لبيت المال كذا في قاضيخان وتصح الوصية بالثلث للاجنبي وان وصلية
لم يجيزوا اي الورثة لتيسر تداركه به تقصيره وتصح الوصية من المسلم للذمي لقوله
تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم الاية وبالعكس اي من الذمي للمسلم
لانهم بعقد الذمة التحقوا بالمسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع
المنجز في حالة الحيوة من الجانبين وكذا المضاف الى ما بعد الموت قال في
الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن
الذين قاتلوكم في الدين الاية ويخالفه ما ذكر في النهاية نقلا عن السير
الكبير ان الوصية لاهل الحرب باطلة جائزة ووفق بينهما بانه لا ينبغي ان يفعل

وان

789

وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من اهل الملك واما المستامن فكالذمي في جواز
الوصية لان له ان يملك المال بالمال في حيوته فكذا مضافا الى ما بعد وفاته
كذا ذكره في الزيلعي والعناية وتصح الوصية للحمل وبه اي بالحمل ان كان
بينهما اي بين الوصية وبين ولادته اقل من ستة اشهر صورة الاول
مثل ان يقول اوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة وصورة الثاني كما اذا
اوصى في بطن جاريته لفلان ولم يكن من المولى لكن اذا علم انه ثابت
موجود في البطن وقت الوصية له او به واختلفوا في طريق معرفة
ذلك واختار الطحاوي وصاحب الهداية والاسبيجابي وصاحب الكنز
والمص بان جاءت بالحمل لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية الى وقت
الولادة فاختار الفقيه ابو الليث وصاحب النهاية من وقت موت الموصي
فانه ذكر انه يجوز الوصية للحمل وبه اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت
موت الموصي وقيل ان اوصى له يعتبر من وقت الوصية وان اوصى به يعتبر
من وقت موت الموصي اما وجه الاول وهو الوصية للحمل فلانها استخلاف
من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله بعد موته والجنين يصلح خليفة
له في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته غير انها ترتد بالرد لما فيها
من معنى التمليك دون الميراث اذ لا يملك فيه فان قيل الوصية شرطها
القبول والجنين ليس من اهل القبول فكيف يصح لجيب عنه بان الوصية
تشبه الهبة والميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول كما في الهبة اذا
امكن ولشبهها بالميراث تسقط اذا لم يمكن عملا بالشبهين ولهذا تسقط بموت
الموصى له قبل القبول واما وجه الثاني وهو الوصية بالحمل فلان الحمل بالوصية
الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية لا محالة فيجري فيه
الوصية كما يجري فيه الارث وهل تصح الوصية للمملوك ففي الدرر انها
صحت لمملوكه بثلث ماله وفي الخلاصة الوصية للعبد بعين من اعيان
ماله لا يصح اما لو اوصى بثلث ماله مطلقا يصح ويكون وصية بالعتق ان خرج
من الثلث قيمة العبد كله بغير سعاية وان خرج بعضه عتق وسعى في بقيته

قيمته ولو اوصى له بشيء من الدراهم او الدنانير المرسلة قال الامام السغدي
الاصح انه لا يصح كالوصية بالعين وفي المنية ولو اوصى لعبده القن او لامته
القنة جازت الوصية وهذا يخالف لما في الخلاصة فاما ان يقيد هذا
بما سوى العين او يطلق ويحمل على غير الاصح وفي قاضيخان ولو اوصى لمكاتب
نفسه او لام ولد نفسه او لمدبر نفسه جاز الكل استحسانا ولو اوصى لعبده
القن او لامته القنة ثم مات جازت الوصية في قولهم الا عند ابي حنيفة في
الوصية للقن يعتق ثلثه مجانا ويجب عليه ثلثا قيمته وله ثلث ماله من
سائر التركة فتقاصان ويترادان الفضل وعند صاحبيه يعتق العبد كله ويصرف
الوصية الى العتق فان فضل من الثلث شيء كان الفضل للعبد انتهى ولا تصح
الهبة له اي للحمل لان من شرط الهبة القبول والقبض ولا يتصور ذلك من
الجنين وان اوصى بامة دونه اي دون حملها بان قال اوصيت بهذه الجارية
لفلان الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان الحمل لا يتناوله اسم الجارية
لفظا لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع له وما لا يتناوله اسم
الجارية صح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما تلبس بها بخلاف اليد
والرجل فان اسم الجارية يتناولهما فلا يصح استثناؤهما فان قيل لا نسلم ان اسم
الجارية لا يتناول الحمل كيف لو لم يستثن استحقه الموصى له ولو لم يتناوله لما استحقه
كغيره من امواله اجيب بانه انما يستحقه عند عدم الاستثناء تبعا لا تناولا
فان قيل كيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد الا على ما يتناوله اللفظ
اجيب بان صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية لا باعتبار
خروجه عن المستثنى منه كما لو قال اوصيت لفلان الف درهم الا فرسا فان
الوصية في الالف صحيحة والاستثناء ايضا صحيح في تقرير ملكه في
الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخلا فيه ولا بد في
الوصية من القبول وذلك بالصريح او بالدلالة وذلك بان يموت
الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصى فيكون موته قبولا للوصية
ويكون ذلك ميراثا لورثته كما سيأتي وهكذا في الخلاصة قال زفر والشافعي

لا يشترط فيها القبول بل الموصى له يملكه بدون القبول لانها خلافة فلا يحتاج
فيها الى القبول كالميراث ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد
الموصى له بالعيب ولا يرد به عليه ولا يملك احد اثبات الملك بدون اختياره
بخلاف الميراث لانها خلافة حتى يثبت هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشارع
من غير قبول لولايته عليه ولانه لو ثبت الملك له بدون القبول منه لتضرر
به بان يوصى له بعبد اعمى او بدنان مكسرة في داره فانه يجب عليه
نفقة العبد ونقل المكسر الى داره تفريغا لملك الغير عن ملكه ويعتبر
اي قبول الموصى له بعد موت الموصى ولا اعتبار بالرد والقبول في
حيوته لان اوان ثبوت حكمها بعد الموت فلا يعتبر قبوله ولا رده قبله
كما لا يعتبران قبل عقد الوصية فصار كما اذا قال لامرأته انت طالق على
الف درهم غدا فان ردها وقبولها باطل قبل مجيء الغد واعلم ان القبول
ليس بشرط لصحة الوصية على ما هو الظاهر من كلام المص سابقا بل هو شرط
لثبوت الملك للموصى له على ما صرح به في العناية ويشعر كلام المص
فيما بعد فلا يملك الموصى له قبل القبول وان صحت الوصية ويملكه بعد
القبول من غير حاجة الى القبض لان الوصية تشبه الميراث من
حيث انها تملك بالموت وتشبه الهبة من حيث انها تمليك الغير
تبرعا فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول ما دام ممكنا من الموصى له
فقلنا لا يملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه
يملكها بعد القبول من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وبه
اي بالقبول يملك اي الموصى له الوصية وهل يملكها من وقت قبوله او من
وقت موت الموصى ففي الاشباه انه يملكه مستندا الى وقت موت
الموصى مستدلا بمسئلة نقلها عن الولوالجية وهي رجل اوصى بعبد
لانسان والموصى له غائب فنفقته في مال الموصى فان حضر الغائب
ان قبل رجع الموصى عليه بالنفقة ان فعل ذلك بامر القاضي وان
لم يقبل فهو ملك الورثة انتهى الا ان يموت الموصى له بعد موت الموصى

قبل القبول استثناء من مفهوم قوله وبه يملك اي لا يملك بدون القبول الا ان
يموت الموصى له بعد موت الموصي قبل القبول فانه يملكها بدون القبول في
الاستحسان والقياس ان لا يملكه لما ذكرناه ان لاحد لا يقدر على اثبات
الملك لاحد بدون اختياره وقوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض
لان اثبات الملك للغير لمنفعة الغير ولو اثبتنا الملك له بدون اختياره
لربما يتضرر به فانه لو اوصى له بعبد اعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة
تعود اليه وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته
فلا يلحقه الفسخ من جهته وانما يتوقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في
ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري او البايع ثم مات من
له الخيار قبل الاجازة وكذا اذا اوصى للجنين يدخل في ملكه من غير
قبول منه استحسانا لعدم من يلي عليه حتى يقبل عنه ما له فان قيل
بعد موت الموصى له قبل القبول فلمن تصير الوصية فاجاب عنه بقوله
وتصير لورثته اي لورثة الموصى له ان ردوها او قبلوها على ما في العناية
لانهم خليفته ولا تصح اي الوصية من صبي ولو مميزا وكذا لا تصح من
مثله ممن كان في اهليته خلل كالمجنون كذا في القهستاني قلت وكذا
المعتوه لان في اهليته خللا ايضا وقال الشافعي تصح وصية الصبي
اذا كان في وجوه الخير لان عمر اجاز وصية يافع وهو الذي راهق
الحلم ولان في تنفيذ وصيته نظرا له بابقاء ماله لنفسه بتحصيل القرب
له ولو لم ينفذ كان ماله لغيره وهو الوارث ولا نظر له فيه ولنا
ان الوصية تبرع فلا تصح من الصبي لانه ليس باهل له كالصدقة والهبة
وهذا لان اعتبار عقله في النفع والضرر باعتبار اوضاع التصرفات
لا باعتبار ما يتفق بحكم الحال الا ترى ان طلاقه لا يقع وان تضمن نفعا
في بعض الاحوال ولان قوله غير ملزم وتصحيح وصيته يؤدي الى ان
قوله ملزم وما رواه من اثر عمر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم فسمي يافعا
مجازا تسمية للشيء باسم ما كان عليه او كانت وصيته في تجهيزه وتكفينه

وذلك

وذلك جائز عندنا اطلقه فشمل ما اذا اوصى الصبي ثم مات بعد الادراك
فانه لا تجوز تلك الوصية ايضا لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا لا تصح
اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لانه ليس باهل لقول ملزم
فلا يملكه تنجيزا ولا تعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب
فانها تصح منها تعليقا على ما سيأتي ولا من مكاتب وان ترك وفاء اي وصية المكاتب
وفاء لانه ليس من اهل التبرع بخلاف الوصية للمكاتب فانها على ما سنذكره
واعلم ان وصية المكاتب على ثلاثة اقسام قسم باطل بالاجماع وهو الوصية
بعين من اعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة كما اذا اوصى بعتق عبد غيره
ثم ملكه ولو اجازها بعد العتق جازت وصيته بناء على ان الاجازة انشاء
للوصية لان الوصية تصح بلفظ الاجازة بخلاف ما اذا اعتق عبده ثم
اجاز العتق بعد الحرية حيث لا يجوز لان العتق لا يجوز بلفظ الاجازة
وقسم يجوز بالاجماع وهو ما اذا اضاف الوصية الى ما يملكه بعد العتق
بان قال اذا عتقت فثلث مالي وصية لفلان او قال اوصيت بثلث
مالي له فانها صحيحة حتى لو عتق قبل الموت باداء بدل الكتابة او غيره
ثم مات كان للموصى له ثلث المال وان لم يعتق حتى مات عن وفاء بطلت
الوصية لان الملك حقيقة لم يوجد اذ لم يثبت الحرية له في حيوته
مطلقا وانما ثبت بطريق الضرورة في حق نفاذ الوصية وقسم مختلف فيه
وهو ما اذا قال اوصيت بثلث مالي لفلان فالوصية باطلة عند الامام
وعندهما جائزة وهذا لان للمكاتب ملكا حقيقيا وهو ما بعد العتق
ومجازيا وهو ما قبل العتق فعند الامام ينصرف الى المجازي لانه هو الظاهر
لان بقاء ما كان على ما كان والاخر ليس موجودا والظاهر بقاؤه
على العدم فلا ينصرف اليه اللفظ وعندهما ينصرف الى الحقيقي وهو
ما يملكه بعد الجهة المطلقة وهو القابل للوصية تصحيحا لتصرفه او
يتناول النوعين فيصح فيما يقبل ولا يصح فيما لا يقبل كما اذا قال الحر كل عبد
اشتريته فهو حر ينصرف الى ما يشتريه لنفسه ولغيره فيعتق ما يشتريه

لنفسه لا يعتق الاخر وينحل به اليمين حتى اذا اشتراه بعد ذلك لا يعتق
هكذا ذكره في الزيلعي نقلا عن شرح الزيادات ثم قال ينبغي ان يكون
هذه المسئلة مثل مسئلة اليمين المذكورة في باب الحنث في ملك
المكاتب والماذون من ايمان الجامع الكبير وهو ما قال اذا قال احدهما اذا اعتقت
فكل مملوك املكه فهو حر بعد العتق اذا ملك عبدا بعد العتق ولو قال كل
مملوك املكه فهو حر فاعتق ثم ملك عبدا لا يعتق لان قوله املكه يتناول
الحال وهو غير قابل للعتق ولو قال كل مملوك املكه فيما يستقبل فهو حر يعتق
عندهما ما يملكه بعد العتق لانه ينصرف الى ملك قابل له وهو ما يملكه بعد
الحرية ولا يعتق عند الح لانه ينصرف الى الملك الظ وهو ما قبل العتق كما اذا
قال للمنكوحة نكاحا فاسدا ان طلقتك فعبدي حر ينصرف الى الطلاق
في هذا النكاح لانه هو الظ انتهى وكذا لا يجوز وصية العبد والمدبر
وام الولد وكذا معتق البعض عند الح لانه بمنزلة المكاتب عنده والمجنون
بمنزلة الصبي كذا في قاضيخان وهل يجوز الوصية من معتقل اللسان
والاخرس فقد قال في اخر وصية البزازية ومعتقل اللسان لا يجوز اشارته
ولا يعتبر كتابته بخلاف الاخرس فانه يعتبر اشارته وعن الثاني انه يقوم مقام
مقام عبارته وذكر محمد رواية عن الامام انه ان دامت العقلة الى الموت
يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه انه عجز عن المنطق بوجه
لا يرجى زواله فكان كالاخرس وعليه الفتوى فان صحت يوما فكتب
او اشار بشيء لا يعتبر لانه ناطق بحاله وان صمت بعارض فهو كالمريض
المعتقل لسانه كذا في المحبوبي وهكذا ذكره في الدرر وزاد فيه الاختلاف
في مدة العقلة وقال انها قدرت بسنة وقيل الى الموت والوصية
مؤخرة عن الدين لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية بغير الواجب تبرع
وبالواجب وان كان فرضا لكن حق العبد وحق الشرع من الصلوة وغيرها
يسقط بالموت فيكون الوصية به كالتبرع فلا تصح ممن يحيط دينه بماله الا
ان يبرئه الغرماء فتصح الوصية لزوال المانع وهو حق الغرماء والموصي

ان

ان يرجع في وصيته بخلاف العتق فانه لا يصح رجوعه عن اعتاقه اعلم ان الرجوع
في الوصية على اربعة اوجه منها ما يكون رجوعا بالقول والفعل جميعا نحو
ان يوصي لرجل بشيء من اعيان ماله ثم قال رجعت كان رجوعا وكذا لو اخرجه
عن ملكه بوجه من الوجوه بطلت الوصية حتى لو عاد الى ملكه بعد ذلك
لا تعود الوصية ومنها ما يكون رجوعا بالقول لا بالفعل نحو ان يوصي بثلث
ماله ثم قال رجعت صح رجوعه ولا يكون رجوعا بغير ذلك ومنها ما يكون
بالفعل لا بالقول نحو ان يقول لعبده ان مت من مرضي هذا فانت حر فهو
مدبر مقيد ثم لو قال رجعت عنه لا يصح الرجوع ولو باع العبد جاز
بيعه ويكون رجوعا عن الوصية ومنها ما لا يكون رجوعا لا بالفعل ولا بالقول
نحو ان يدبر عبده تدبيرا مطلقا لا يمكنه ان يرجع عنه لا فعلا ولا قولا كذا
في قاضيخان واليه اشار المص بقوله قولا نحو رجعت عما اوصيت او عن
وصيتي لانه تبرع لم يتم بعد فصار كالهبة فصح الرجوع عنها او فعلا يقطع حق
المالك في الغصب كقطع الثوب وخياطته يعني لو فعل الموصي في الموصى
فعلا ان فعله الغاصب في المغصوب يقطع حق المالك عنه كقطع الثوب
وخياطته كان رجوعا عن الوصية او يزيل ذلك الفعل ملكه اي يزيل
الموصى به عن ملكه كالبيع والهبة والعتق والتدبير والكتابة وان وصلية
اشتراه اي وان اشترى الموصى به بعد اخراجه عن ملكه بهذه التصرفات
او رجع بعد ذلك اي بعد الهبة فان الوصية لا يجوز بعود الموصى به الى
ملكه بعد اخراجه عن ملكه بهذه التصرفات او يوجب ذلك الفعل في
الموصى به زيادة لا يمكن التسليم الى الموصى له الا بها اي بتلك الزيادة كلت
السويق بسمن والبناء في الدار بان اوصى بدار ثم بنى فيها والحشو بالقطن
بان اوصى بالقطن فحشى به وكذا لو اوصى ببطانة فبطن بها او بظهارة فظهر
بها كذا في الزيلعي وقطع الثوب بان اوصى بثوب ثم قطعه او خاطه
وكذا لو اوصى بقطن ثم غزله او بغزل ثم نسجه لانه ينقطع به حق المالك
اذا وجد ذلك من الغاصب فتبطل به الوصية لا غسل الثوب الموصى به

وتجصيص الدار الموصى بها او هدمها لانه تصرف في التبع ومن اراد ان يعطي
ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا للوصية معنى فلا تبطل به والجحود ليس
برجوع عند محمد خلافا لابي يوسف اعلم ان محمدا ذكر في الجامع الكبير ان
جحود الوصية ليس برجوع وذكر في المبسوط انه رجوع واختلفوا في
التوفيق فمنهم من حمل المذكور في الجامع على الجحود في غيبة الموصى له وهو
ليس برجوع في الروايات كلها لان الجحود انما يلتفت اليه اذا صح الانكار
والانكار على الغائب لا يصح وحمل المذكور في المبسوط على الجحود بحضرة الموصى له
وهو رجوع في الروايات كلها لصحة الانكار ومنهم من حمل المذكور في الجامع
على صورة الجحود لا على الجحود الحقيقي والمذكور في المبسوط على الجحود الحقيقي وهو
رجوع في الروايات كلها ومنهم من قال المذكور في الجامع جواب القياس
والمذكور في المبسوط جواب الاستحسان ومنهم من قال في المسئلة
روايتان قال شيخ الاسلام وهو الاصح ومنهم من قال المذكور في الجامع
قول محمد والمذكور في المبسوط قول ابي يوسف وهو مختار المص وقال شمس
الائمة السرخسي هو الاصح لان المعلى قال في نوادره سألت ابا يوسف
عن رجل اوصى لرجل بوصية ثم جحد قال يكون رجوعا وسألت محمدا قال
لا يكون رجوعا وهو مختار صاحب الهداية ايضا لابي يوسف ان الرجوع
اثبات في الماضي نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال معا واذا كان نفي
الحال وحده رجوعا فنفي الماضي والحال اولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الجحود نفي
في الماضي والرجوع نفي في الحال فقط فبينهما تناف ولهذا لا يكون جحود
النكاح فرقة ولا قوله اخرت الوصية او كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام
او فهي ربوا وهذا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل ووصف التأخير والحرمة
والربوا يقتضي بقاء اصل الوصية فلا يكون رجوعا بخلاف ما لو قال فهي
باطلة فانه رجوع لان الباطل ذاهب متلاش لا اصل له ولو قال تركتها
يكون رجوعا لان الترك اسقاط بخلاف التأخير فانه ليس باسقاط بل هو وصف
يقتضي بقاء الموصوف ولهذا لم يكن رجوعا كتأخير الدين فان الداين لو قال

اخرت

اخرت الدين لا يكون ابراء ولو قال ما اوصيت به فهو اي ذلك الشيء لفلان
لاخر فرجوع لان اللفظ يدل على قطع الشركة واثبات التخصيص له فلا يكون
رجوعا عن الاول وكذا لو قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول
لما ذكرناه ثم الورثة بالخيار ان شاؤا اجازوا وان شاؤا ردوا بخلاف ما
اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لاخر فانه لا يكون رجوعا عن الاول
لان اللفظ صالح للشركة والمحل يقبلها فيكون الموصى به مشتركا بينهما الا ان
يكون فلان الثاني ميتا اي وقت الوصية الاولى فانه لا يكون رجوعا بل
الوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها
للثاني ولم يتحقق للثاني فبقي للاول على حاله ولو كان فلان الثاني حين
ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين
الاولى بالرجوع والثانية بالموت كذا في الزيلعي وبطل هبة المريض
ووصيته لاجنبية نكحها بعدها اي بعد الهبة والوصية يعني اذا وهب
المريض لاجنبية او اوصى لها بوصية ثم تزوجها ثم مات المريض لم يجز كل
من الهبة والوصية اما الوصية فلان المعتبر فيها يوم الموت لانها ايجاب
مضاف الى ما بعد الموت فان كان الموصى له وارثا يوم الموت لا تصح الوصية
وان كان غير وارث تصح وتلك المرأة وارثة يوم الموت فلا تصح الوصية
لها لان الوصية للوارث باطلة بخلاف ما لو اوصى لامرأته بثلث ماله ثم ابانها
بثلث او بواحدة ثم انقضت عدتها ثم مات الموصي صحت الوصية لها لانها
ليست وارثة وقت الموت كذا في قاضيخان واما الهبة فهي وان كانت
منجزة صورة لكنها كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لانها وقعت موقع الوصية
لانها تبرع يعتبر حكمه عند الموت بخلاف اقرار المريض لاجنبية نكحها بعد
الاقرار فانه يجوز لان المعتبر في جواز الاقرار وفساده كون المقر له وارثا
للحال وغير وارث وتلك المرأة غير وارثة حال الاقرار فيجوز وهذا لان
الاقرار تمليك للحال فيعتبر وقت الاقرار فان كان المقر له اجنبيا وقت
الاقرار يصح وان كان وارثا وقته لا يصح وكذا اي يبطل اقراره اي المريض

ووصيته وهبته لابنه الكافر او الرقيق اى لابنه الرقيق ان اسلم ابنه الكافر او
اعتق ابنه الرقيق بعد ذلك اى بعد الاقرار والوصية له والهبة منه اما
الوصية والهبة فلما ذكرناه من ان المعتبر فيهما وقت الموت والابن ههنا
وارث يوم الموت لكونه مسلما يومئذ واما الاقرار فلانه وان كان ملزما
بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث تهمة الايثار
فصار باعتبار التهمة ملحقا بالوصية بخلاف ما تقدم من اقراره لاجنبية نكحها
بعده حيث يجوز لان سبب الارث ثمة الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت
الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح اقراره
لها لقيام سبب الارث حال اقراره لها ولم يفرق المصنف بين ابنه الرقيق المديون
وابنه الرقيق الغير المديون في بطلان الاقرار لها بعد طريان العتق
بعد الاقرار لها لكنه قال في الهداية وكذا يبطل اقرار المريض لابنه الرقيق
عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا ثم قال وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن
عليه دين يصح اقراره لانه اقرار لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين
لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه وقت اقراره وهبة المقعد وهو العاجز عن
المشي لداء في رجليه والمفلوج الفلج داء يعرض لنصف البدن فيمنعه عن
الحس والحركة الارادية والاشل وهو الذي في يده ارتعاش وحركة
والمسلول وهو الذي يكون له علة السل وهو قرحة تحدث في الرئة
اما تعقب ذات الجنب او ذات الرئة او زكام ونوازل او سعال طويل
وتلزمها حمى هادية كذا في القاموس وفي المصباح لا يكاد صاحبها
يبرأ منه من كل ما له ان طال ولم يخف موته منه لانه في حكم الصحيح
لعدم خوف الموت والا اى وان لم يطل ويخاف موته منه بان يزداد يوما
فيوما فمن ثلثه لانه يكون مريضا فيعتبر وصاياه من ثلث ماله

باب الوصية بثلث المال

ولو اوصى لكل من اثنين بثلث ماله بان اوصى
لرجل بثلث ماله ثم اوصى لاخر بذلك المال ايضا بلا رجوع عن الاول
فالورثة اما ان يجيزوها اولا فان اجازوا فلهما الثلثان وللورثة الثلث

وان

وان لم يجيزوا واليه اشار بقوله ولم يجز وارثه قسم الثلث بينهما نصفين لانهما
لا نزاد على الثلث لعدم اجازة الورثة وليس احدهما اولى به من الاخر
فتساويا في سبب الاستحقاق والتساوي فيه يوجب التساوي في
الاستحقاق فان كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما وان لم يقبل كرجلين اقاما
البينة على نكاح امرأة بطل البينتان جميعا لعدم قابلية المحل وهو النكاح
الشركة ولو اوصى بثلث ماله للفقراء ولقرابته قال نصر الوصية بين الفقراء
والقرابات نصفان وقال محمد بن سلمة ان كانت القرابات يحصون فالثلث
بين الفقراء والقرابات لكل واحد من القرابات سهم واحد وللفقراء سهم
واحد وان كانوا لا يحصون فالثلث بينهما نصفان ومشايخنا اخذوا
بهذا القول كذا في قاضيخان ولو اوصى لاحدهما بثلثه وللاخر بسدسه
والحال ان الورثة لم يجيزوا السدس لكونه زائدا على الثلث قسم الثلث
اثلاثا فثلثاه لصاحب الثلث وثلثه لصاحب السدس لان كل واحد منهما
يستحق بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقهما اذ لا مزية للوصية على الثلث
بدون اذن الورثة فيقتسمان الثلث على قدر حقهما والثلث ضعف السدس
فكان قد اوصى لاحدهما ضعف ما للاخر ولو اوصى لاحدهما بثلثه وللاخر
بثلثيه او بنصفه او بكله ولم يجز الورثة ينصف الثلث بينهما في كل من
هذه الصور الثلث عند الح وعندهما ثلث الثلث في الاول وخمس
خمسان وثلاثة اخماس في الثاني اى يجعل الثلث خمسة اخماس
فيعطى خمسان لصاحب الثلث وثلثة اخماس لصاحب النصف وربع الثلث
في الثالث فيحصل ربع واحد لصاحب الثلث وثلثة ارباع لصاحب الكل
ولا يضرب على صيغة المجهول بمعنى لم يجعل وقوله الموصى له قائم مقام فاعله
اى لم يجعل للموصى له شئ ولا يعطى له اكثر من الثلث بالزائد متعلق بالموصى له
على الثلث متعلق بالزائد عند الامام الا في المحاباة والسعاية والدراهم
المرسلة اى المطلقة عن كونها ثلثا او نصفا او نحوهما يعني ان الامام اباح
لم يجعل للموصى له بالزائد على الثلث شيئا في صورة من الصور الا في صورة

المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة بل جعل الثلث نصفين بينهما سواء كان الزائد
على الثلث ثلثان او النصف او الكل على ما ذكر له ان الوصية بما زاد على
الثلث وقعت بغير المشروع عند عدم اجازة الورثة فيبطل اصلا ولا معتبر
للباطل والتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلان الاستحقاق
بخلاف المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لان لها نفاذا في الجملة بدون
اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر فيها التفاضل فيضرب
كل واحد منهم بجميع حقه لكونه مشروعا ولهما ان الموصي قصد شيئين
الاستحقاق والتفضيل فان امتنع الاستحقاق لعدم اذن الورثة
ولا مانع من التفضيل فثبت كما في المحاباة واخته والجواب عنه ما مر
ان التفضيل يبطل ببطلان الاستحقاق وصورة المحاباة عبدان
لرجل قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الاخر ستمائة واوصى بان يباع
احدهما لفلان بمائة والاخر لفلان بمائة فانه حصلت المحاباة لاحدهما
بالف وللاخر بخمسمائة والكل وصية لانه في حال المرض فان لم يكن
له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا
يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الاخر بحسب
وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قوله لوجب
ان لا يضرب الموصى له بالالف في اكثر من خمسمائة وصورة
السعاية ان يوصي بعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الاخر الفان
ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا عتقا
من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف
للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته الف
ويسعى في الباقي وصورة الدراهم المرسلة ان يوصي لرجل بالفين
وللاخر بالف درهم وثلث ماله الف درهم ولم يجز الورثة فانه يكون بينهما
اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها صحيحة
لجواز ان يكون له مال اخر يخرج من هذا القدر من الثلث ولا كذلك

فيما

795

فيما اذا اوصى لرجل بثلث ماله وللاخر بنصف ماله او بجميع ماله لان اللفظ
في مخرجه لم يصح لان ماله لو كثر او خرج له مال تدخل فيه تلك
الوصية ولا يخرج من الثلث وتبطل الوصية بنصيب ابنه والابن موجود
وفي الوصية حتى لو لم يكن له ابن صحت الوصية على ما في العناية وهذا
لان الوصية بنصيب الابن الموجود وصية بمال الغير لان نصيب الابن
ما يصيبه بعد الموت بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا يجوز وتصح بمثل
نصيب ابنه سواء كان له ابن او لم يكن وهذا لان الوصية بمثل نصيب الابن
ليست وصية بنصيب الابن بل هي وصية بغير نصيب الابن لان مثل الشيء
غيره وان كان يتقدر به فيجوز فلو كان له ابنان فللموصى له الثلث
والقياس ان يكون له النصف عند اجازة الورثة لانه اوصى بمثل نصيب
ابنه ونصيب كل واحد منهما النصف وجه الاستحسان انه قصد ان يجعله
مثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما وذلك بان يجعل الموصى له كاحدهم
فيقسم اثلاثا بينهم فالثلث للموصى له والثلثان للابنين وان كان له ثلثة
ابناء فالربع للموصى له لما ذكرناه من جعل الموصى له كاحدهم فيقسم المال
ارباعا وان اوصى بجزء من ماله فالتعيين الى الورثة فيقال لهم اعطوه ما
شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لا تمتنع بالجهالة والورثة
قائمون مقام الموصي فكان اليهم بيانه وان اوصى بسهم فالسدس لما روي عن ابن
مسعود مرفوعا ان السهم هو السدس ولان اياس بن معاوية قاضي بصره
قال السهم في اللغة عبارة عن السدس وبه اخذ ابو ح وقالا السهم هو
السدس وعندهما السهم مثل نصيب احدهم اي احد الورثة الا ان يزيد على
الثلث اي يراد بالسهم ههنا مثل نصيب احدهم الا ان يزيد نصيب احدهم على
ثلث المال ولا اجازة من الورثة فانه لا يراد به نصيب احدهم بل يرد الى الثلث
لان الوصية لا يزاد على الثلث عند عدم اجازة الورثة قالوا هذا اي
الفرق بين الجزء والسهم في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء في
التعيين الى الورثة اعلم ان عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع

اختلفت اختلافا كثيرا بسبب اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير
قال في الكافي فعلى رواية الاصل جوز ابو ح النقصان من السدس
ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة
على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس فانه قال في الاصل
له اخس سهام الورثة الا ان يكون اكثر من الثلث فلا يزاد عليه وقال في
الجامع الصغير له اخس سهام الورثة الا ان يكون اقل من السدس فح
يعطى له السدس ففي الاصل جعل السدس يمنع الزيادة عليه ولا يمنع
النقصان عنه وفي الجامع الصغير جعله يمنع النقصان ولا يمنع
الزيادة وذكر في الهداية ما يخالف كل واحد من روايتي الاصل
والجامع فانه قال ولو اوصى لسهم من ماله فله اخس سهام الا ان ينقص
عن السدس فيتم السدس ولا يزاد عليه فهذا مخالف لكل من الروايتين
المذكورتين فان قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس
ليس في رواية الاصل وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع
وهكذا ذكره في العناية ثم قال لعل صاحب الهداية اطلع على رواية غير
رواية الاصل والجامع او جمع بين روايتيهما وقال صورة المسئلة ما اذا
اوصت امراة لسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا فعلى رواية
يعطى السدس في قول ابي ح وعندهما يعطى مثل الربع فيعطى الخمس فانا
نجعل المسئلة على قوله من ستة لحاجتنا الى السدس للموصى له سهم
فبقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في اصل
مخرج المسئلة اعني الستة مخرج الكسر وهو اربعة تبلغ اربعة وعشرين
كان للموصى له سهم يضرب في اربعة وهو اربعة وهو سدس المال
بقي عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وهو على قولهما
من خمسة يزاد مثل اخس سهام الورثة وهو الربع وهو واحد على
الفريضة وهي اربعة فتصير المسئلة خمسة يعطى للموصى له سهما وللزوج
سهما وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فللبنت وانما كان كذلك

لان

لان الموصى اوصى بمثل نصيب الزوج لانه اخس النصيب ومثل الشيء غيره فيزاد
مثل الربع على الاربعة ليكون المزيد مثلا للربع وان اوصى له بسدس ماله
ثم بثلث ماله واجازوا اي الورثة فله اي للموصى له الثلث لان الثلث يتضمن
السدس لانه اقل منه فيدخل فيه فلا يتناول اكثر من الثلث اطلق فشمل ما اذا
قال له ذلك في المجلس او في مجلس اخر كذا في الهداية وان اوصى
بسدس ماله ثم بسدس ماله بان قال سدس مالي لفلان ثم قال له سدس
مالي فله السدس اي سدس واحد سواء اتحد المجلس او اختلف لان
السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المعرف المال والمعرف متى اعيد معرفا
كان الثاني عين الاول ثم الظاهر ان قوله سواء اتحد المجلس او اختلف قيد
للمسئلتين ولو اوصى بثلث دراهمه او غنمه او ثيابه وهي اي الثياب من جنس
واحد قيدها به لان الحكم في الجنسين منها ليس كذلك على ما سيصرح به
فهلك الثلثان اي ثلثا دراهمه او غنمه او ثيابه فله اي للموصى له الباقي
اي الباقي من دراهمه او غنمه او ثيابه اعني ثلثها ان خرج ذلك الباقي
من الثلث اي من ثلث جميع ماله وقال زفر له ثلث ما بقي من دراهمه او غنمه
او ثيابه لا ثلث جميع ماله لان كل واحد من الهالك والباقي مشترك
بين الورثة والموصى له والمال المشترك يهلك ما يهلك منه على المشتركة ويبقى
ما يبقى منه على الشركة فصار كما اذا كانت التركة الموصى بها اجناسا
مختلفة وهو القياس قلنا ان هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه
جمع حق واحد من الورثة والموصى له في البعض المعين من ذلك الجنس
ولهذا كان يجري فيه الجبر على القسمة مع ما فيه من الجمع فاذا امكن الجمع
جمعنا حق الموصى له فيما بقي من الموصى به تقديما للوصية على الارث لان
الموصى له جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على حق ورثته بقدر
الموصى به فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل والاصل في
مال اشتمل على اصل وتبع اذا هلك شيء منه ان يجعل الهالك من التبع دون
الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهالك

الى الربع لانه تبع لا الى راس المال لانه اصل فصارت الوصية بثلث دراهمه
كالوصية بالدرهم الواحد ولو اوصى بدرهم وله ثلثة دراهم فهلك
درهمان وبقي درهم وهو يخرج من ثلث ماله كان للموصى له الدرهم فكذا
هذا بخلاف الاجناس المختلفة فان الجمع فيها غير ممكن فانه اذا ترك اجناسا
مختلفة وطلب بعض الورثة القسمة وابى الباقون فان القاضي لا يجبرهم
على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد منه وهي في الاجناس
المختلفة متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان فيه الجمع فبقي الكل
مشتركا بين الورثة والموصى له اثلاثا فما هلك منها يهلك على الشركة وما
بقي يبقى عليها اثلاثا فلا يصح قياس ما يتحد جنسه عليها وكذا اي مثل
الوصية بثلث دراهمه او غنمه وصيته ثلث كل مكيل وموزون لانهما من
جنس واحد وان اوصى بثلث ثيابه وهي متفاوتة اي ليس من جنس
واحد فهلك الثلثان من تلك الثياب فله اي للموصى له بثلث ثلث
الثياب . ثلث ما بقي من تلك الثياب ان كان ثلث ما بقي يخرج من ثلث
جميع ماله لان الجنس لما كان مختلفا لا يمكن جمعه عليها بيانه . فله ثلث
ما بقي لا جميع ما بقي كما في متحد الجنس وان اوصى بثلث عبيده فكذلك
اي لو اوصى بثلث عبيده وله ثلثة عبيد وهلك اثنان من عبيده فللموصى له
ثلث ما بقي من عبيده وهو واحد ان خرج ثلثه من ثلث جميع ماله لكثرة
التفاوت فيها فلا يمكن الجمع قالوا هذا عند ابح وعندهما للموصى له كل
الباقي وهو العبد الباقي والى قولهما مال الفقيه ابو الليث والامام
فخر الاسلام لامكان جمع نصيب واحد منهم في عبد واحد باعتبار
القيمة لاتحاد الجنس وقيل يوافقان لابح في القول بان للموصى له
ثلث ما بقي من عبيده يعني لا مخالفة بينه وبينهما في هذه المسئلة
قال في العناية الخلاف في هذه المسئلة اشبه بالفقه بناء على ان ابح
لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه يجعله اجناسا
مختلفة وهما يريان ذلك لانهما يجعلانها جنسا واحدا والدواب وكذا

الدور

الدور كالعبيد على ما تقدم بيانه في العبيد وان اوصى بالف درهم وله
اي للموصي عين ودين فهي اي الوصية عين اي تصرف الى العين ان خرجت
الالف الموصى به من ثلث العين بان كان له ثلثة آلاف درهم نقدا فانه
دفع الالف منه الى الموصى له اذ لا ضرر فيه للورثة والا اي وان لم تخرج
الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له ثلث العين بان كان له الف درهم
نقدا مثلا فيعطي للموصى له ثلث الالف النقد وثلث ما يستوفى من
الدين حتى يتم الالف الموصى به لان فيه نظرا للورثة وللموصى له لان للعين
فضلا على الدين ولو تخصص احدهم بالعين يتضرر به الاخر وان اوصى
بالثلث لزيد وعمرو واحدهما ميت فكله للحي لان الميت ليس باهل للوصية
فلا يزاحم من هو اهل لها وهو الحي فيكون الثلث كله للحي كما اذا اوصى
لزيد وجدار صار الثلث كله لزيد وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم
بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا
نصف الثلث بخلاف ما اذا علم موته لان الوصية لعمرو لغو فكان راضيا
بكل الثلث للحي وانما لم يفرق في ظاهر الرواية بين علم الموصي بحيوته وعدمه
لان استحقاق الحي منهما لجميع الثلث بعد المزاحمة عند ايجاب الموصي وفي
هذا لا فرق بين العلم وعدمه الا يرى انه لو اوصى لزيد وعمرو وهما بالحيوة
ثم مات احدهما كان للباقي منهما نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما
حال الوصية ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه
فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث وان قال بين زيد وعمرو
فالنصف للحي يعني اذا قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وعمرو ميت كان لزيد
نصف الثلث لان كلمة بين توجب التنصيف بخلاف المسئلة الاولى فان
الجملة الاولى اعني قوله ثلث مالي لزيد كلام يقتضي اختصاص الثلث به
الا ان العطف عليه بكلمة الواو قوله ولعمرو يقتضي التشريك في الحكم
المذكور اي الوصية بالثلث والتنصيف بحكم المزاحمة فاذا زالت المزاحمة
بكون عمرو ميتا يكون الثلث كله للحي بخلاف ما نحن فيه فان التنصيف هنا

ليس بحكم المزاحمة بل بمقتضى كلمة بين ولهذا لو قال ثلث مالى بين فلان وسكت
لم يستحق المذكور الثلث كله بل يستحق نصفه بخلاف ما لو قال ثلث مالى بين
فلان وسكت كان الثلث له جميعا لعدم ما يوجب التنصيف اصلا وان
اوصى بثلث ماله لشخص ولا مال له وقت الوصية فاكتسب بعدها مالا
فله اى للموصى له ثلث ماله الذى وجد عند الموت لان الوصية عقد
استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال
عند الموت سواء اكتسبه بعد الوصية وهو المذكور فى المتن او قبل الوصية
لكن الموصى به لم يكن عينا او نوعا معينا فانه فى هذه الصورة يشترط
وجود المال عند الموت ايضا والا فالوصية باطلة واما اذا اوصى بعين من
ماله او بنوع معين منه كثلث غنمه ولا غنم له وقت الوصية او كان فهلك
الغنم قبل موته بتبطل الوصية لانها تعلقت بالعين فتبطل بفواتها قبل
الموت حتى لو اكتسب عينا اخرى او غنما اخر بعد ذلك لا يتعلق به حق
الموصى له والى هذا اشار بقوله وان بثلث غنمه ولا غنم له او كان فهلك قبل
موته بطلت على ما بيناه وان استفاد غنما يعنى اوصى لشخص بثلث غنمه
ولا غنم له وقت الوصية فاستفاد غنما ثم مات الموصى صحت الوصية فى
الصحيح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت بلفظ نوعه والمعتبر
وجوده عند الموت قوله فى الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ ان الوصية
باطلة لانه مال خاص فصار بمنزلة التعيين كما لو اوصى بهذه الشاة ولم يكن فى
ملكه ثم ملك فانها غير صحيحة على ما سيصرح به فى الكتاب ولو اوصى بشاة
من ماله ولا شاة له فله اى للموصى له قيمتها لانه لما اضاف الى ماله علم ان
مراده الوصية بمالية الشاة وماليتها يوجد فى مطلق المال وتبطل الوصية
لو اوصى بشاة من غنمه ولا غنم له لانه لما اضاف الى الغنم علم ان مراده
عين الشاة لا ماليتها ولو اوصى بشاة ولم يضفها الى ماله ولا الى
غنمه اختلفوا فيه قيل لا تصح لان المصحح اضافتها الى المال وبدون
الاضافة الى المال يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر

الشاة



الشاة وليس فى ملكه شاة علم ان مراده المالية وعلى هذا يخرج كل نوع من
انواع المال كالبقر والفرس والبغل والثياب وغيرها من الحيوانات
وان اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن اى امهات اولاده ثلث
وهى جملة معترضة بين المعطوف والمعطوف عليه وللفقراء والمساكين
بعنى اوصى بان قال اوصيت بثلث مالى لامهات اولادى وللفقراء والمساكين
وامهات اولاده ثلث فلهن اى لامهات اولاده ثلثة اخماسه ولكل
فريق اى من الفقراء والمساكين خمس يعنى يجعل المال على خمسة اسهم
ثلثة منها لامهات اولاده ولكل من الفقراء والمساكين سهم عند ابى ح
وابى يوسف وعند محمد ثلثة اسباعه لامهات اولاده ولكل فريق
من الفقراء والمساكين سبعان لان المذكور لفظ الجمع وادناه فى
الميراث اثنان كما قال تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس
فكان من كل طائفة من الفقراء والمساكين اثنان وامهات اولاده
ثلث فكان المجموع سبعة فتقسم اسباعا ولهما ان الجمع المحلى باللام
يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر
صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد وامهات الاولاد ثلث فكان
المجموع خمسة وكذا تصح الوصية لمكاتبه ومدبره واما لعبده القن
وامته القنة ففيه اختلاف قال فى قاضيخان ولو اوصى لعبده القن
او لامته القنة ثم مات جازت الوصية للقن يعتق ثلثه مجانا ويجب
عليه ثلثا قيمته وله ثلث ماله من سائر التركة ويتقاصان ويترادان
الفضل وعند صاحبيه يعتق العبد كله لصرف الوصية اولا الى العتق
فان فضل من الثلث شئ كان الفضل للعبد انتهى وان اوصى بثلث ماله لزيد
وللفقراء فله نصفه ولهم نصفه عند ابى ح وابى يوسف وعند محمد له
اى لزيد ثلثه ولهم ثلثاه وقد ذكرنا وجه كل من الطرفين فى المسئلة
المتقدمة وان اوصى بمائة لزيد ومائة لعمرو ثم قال لبكر اشركتك معهما فله
اى لبكر ثلث ما لكل من زيد وعمرو ولو اوصى بمائة لزيد وخمسين لعمرو ثم

قال لبكر اشركتك معها فلبكر نصف ما لكل منها لان الشركة تقتضي المساواة لغة
ولهذا حمل قوله تعالى فهم شركاء في الثلث على المساواة بين الكل وقد امكن
ذلك في المسئلة الاولى لاستواء المالين فيأخذ بكر من كل واحد منهما ثلث
المائة فتم له ثلث المائتين ويأخذ كل واحد منهما ثلثي المائة ولا يمكن المساواة
بين الكل في المسئلة الثانية لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثالث
مع كل واحد منهما بما ياخذه فياخذ النصف من كل واحد من المالين ولو اوصى
لرجل بجارية ولآخر بجارية اخرى ثم قال لآخر اشركتك معهما فان كانت
قيمة الجاريتين متفاوتة وكان له نصف كل واحدة منهما بالاجماع وان كان
قيمتهما على السواء فله ثلث كل واحدة منهما عندهما وعند محمد له نصف كل
واحدة منهما بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق فيكون كجنسين مختلفين وهما يريانها
فصارا كالدراهم المتساوية وان قال في مرضه لفلان علي دين فصدقوه
فانه اي الفلان يصدق الى الثلث اي في الاستحسان والقياس ان لا يصدق
لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لا يحكم به الا بالبيان من المقر ولا بيان
وقوله فصدقوه لا يصلح بيانا لانه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق
الا بحجة فيتعذر جعله اقرارا من كل وجه فلا يعتبر فصار نظير من قال كل من
ادعى علي شيئا فاعطوه فانه باطل لكونه مخالفا للشرع الا ان يقول ان
راى الوصي ان يعطيه فيجوز من الثلث وجه الاستحسان انا نعلم
ان قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية
وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق دون مقداره فيسعى في تفريغ ذمته
فيجعله وصية ويجعل التقدير فيها الى الموصى له فيصدق الى الثلث دون
الزائد على الثلث هذا ولو قال في مرضه لفلان علي دين وهو صادق
في دعواه قال في البزازية لا رواية فيه عن اصحابنا وينبغي ان يكون
الجواب كما قال ابو القاسم من انه ان لم يسبق من فلان دعوى شيء معلوم
لا يلزم بهذا القول شيء وان سبق دعوى شيء معلوم فهو ثابت فان اوصى مع ذلك
اي مع قوله لفلان علي دين فصدقوه بوصايا عزل ثلث لها اي لاصحاب

الوصايا وثلثان للورثة لان الوصايا حقوق معلومة في الثلث وكذا الميراث
حق معلوم في الثلثين بعد عزل الثلث وما اقر به لفلان من الدين ليس
بمعلوم فلا يزاحم المعلوم فقدمنا عزل المعلوم على المجهول ثم يؤمر كل من اصحاب
الوصايا والورثة بتصديق المقر له واليه اشار بقوله ويقال لكل اي لكل من
اصحاب الوصايا والورثة صدقوه اي المقر له فيما شئتم فيؤخذ اصحاب الوصايا
بثلث ما اقروا به اي يؤمر اصحاب الوصايا بدفع ثلث ما اقروا به للمقر له فيسلم
ما بقي من الثلث لهم والورثة اي ويؤخذ الورثة بثلثي ما اقروا به لان اقرار كل
فريق نافذ في حق نفسه فيلزمه بحصته واستشكل صاحب الزيلعي
ههنا فانظر اليه ويحلف كل من اصحاب الوصايا والورثة على العلم بدعوى
الزيادة على ما اقروا به يعني ان ادعى المقر له اكثر مما اقر به كل من اصحاب
الوصايا والورثة يحلف كل منهم على العلم لانه تحليف على فعل الغير وان اوصى
بعين لوارثه وللاجنبي فللاجنبي نصفها ولا شيء للوارث لانه اوصى بما يملك
الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما لو اوصى
لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي
والوارث من اهلها حتى صح لهم باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى
للقاتل وللاجنبي بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث
لا يصح للاجنبي ايضا لان الوصية انشاء تصرف وهو تمليك مبتدأ لهما والشركة
يثبت حكما للتمليك فيصح في حق من يستحقه دون الآخر لان بطلان
التمليك لاحدهما لا يوجب بطلان التمليك من الآخر واما الاقرار فاخبار عن
كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه في اثباته بدون
هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات هذا الوصف لانه يصير
الوارث فيه شريكا وفي الزيلعي نقلا عن النهاية هذا اذا تصادقا اما اذا
انكر الاجنبي شركة الوارث او انكر الوارث شركة الاجنبي فانه يصح اقراره
في حصة الاجنبي عند محمد وعندهما يبطل في حق الكل وهكذا في اقرار
المجمع ايضا وان اوصى لكل من ثلثة بثوب وهي متفاوتة اي اوصى لثلثة انفس

بثلاثة ثياب متفاوتة جيد ووسط ورديء يخرج من ثلث ماله واوصى بكل ثوب
منها لرجل بعينه ثم مات الموصي فضاع ثوب ولم يدر ايها هو اي الضائع
والورثة تقول لكل من الموصى له هلك حقك او تقول هلك حق احدكم ولم ادر
من هو فلا ادفع اليكم شيئا بطلت الوصية لان الموصى له مجهول وجهالته يمنع
صحة الوصية لانه هو المستحق لها كما لو اوصى لاحد هذين الرجلين فان سلموا
اي الورثة الى الموصى له ما بقي من الثياب بعد الهلاك فلذي الجيد ثلثا جيدها
ولذي الرديء ثلثا رديها ولذي الوسط ثلث كل منهما اي من الجيد والرديء يعني
ان سلموا الورثة ما بقي بعد الهلاك تصح الوصية لانها كانت صحيحة في الاصل
وانما بطلت بجهالة طارية مانعة عن التسليم والتسلم فاذا سلموا الباقي وهو
الاثنان من الثياب زال المانع فصارت صحيحة كما كان فيقسم الباقي بينهم
بحيث يصيب كل واحد منهم ثلثا الباقي لان الاثنين اذا قسم على ثلاثة اصاب
كل واحد منهم الثلثين تعين حق صاحب الجيد في الجيد اذ لاحق له في الرديء
بيقين ويحتمل ان يكون حقه في الجيد من الباقي بان يكون الجيد من الباقي
هو الجيد الاصلي ويحتمل ان يكون حقه في الضائع بان يكون الضائع هو
الاجود فكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل ان يكون حقه وهو الجيد
اولى وانما تعين حق صاحب الرديء في الرديء اذ لاحق له في الجيد
بيقين ويحتمل ان يكون حقه في الرديء من الباقي بان يكون الباقي
هو الرديء الاصلي ويحتمل ان يكون حقه في الضائع بان يكون الضائع
هو الارداء فكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل ان يكون حقه وهو الرديء
اولى وانما تعين حق ذي الوسط في ثلث كل من الثوبين لان صاحب الجيد
لما اخذ ثلثي الجيد وصاحب الرديء ثلثي الرديء لم يبق الا ثلث كل واحد منهما
وقد تعين حقه في ذلك ضرورة وان اوصى ببيت معين من دار مشتركة
بين اثنين ثم مات الموصي فقسمت الدار فان خرج ذلك البيت في نصيب
الموصي فهو اي ذلك البيت الموصى به للموصى له عند الح وابي يوسف
وعند محمد له اي للموصى له نصفه اي نصف البيت وان خرج في نصيب الموصي

والا

والا اي وان لم يخرج في نصيب الموصي بل خرج في نصيب الشريك الآخر
فله اي للموصى له قدر ذرعه اي ذرع البيت عندهما وعند محمد قدر نصف
ذرعه له انه اوصى بملكه وملك غيره لان الدار كلها مشتركة بينهما فينفذ في
ملكه ويتوقف الباقي على اجازة صاحبه ثم اذا ملكه بعد ذلك بالقسمة
التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه
ثم اذا اصابه ذلك البيت في القسمة كان للموصى له نصفه لانه عين
الموصى به وان وقع في نصيب شريكه كان للموصى له مثل نصف ذلك البيت
لانه يجب تنفيذها في البدل عند تعذر تنفيذها في عين الموصى به
كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد
الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على
ما تقدم في مسائل الرجوع عن الوصية ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى
بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لانه يقصد الوصية الايصاء بما يمكن الانتفاع به
على الكمال ظاهرا وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد
استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه وان
وقع في نصيب شريكه تنفذ في قدر ذرعان البيت جميعه من الذي
وقع في نصيب الموصي لانه عوضه والاقرار كالوصية اي الاقرار ببيت من
دار مشتركة مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليم كله ان وقع البيت في نصيب
المقر عندهما والا وقع في نصيب الآخر يؤمر بتسليم مثله وعند محمد يؤمر
بتسليم النصف او قدر النصف كما في الوصية وقيل محمد معهما في الاقرار
والفرق له على هذه الرواية ان الاقرار بملك الغير للغير صحيح حتى ان من اقر
بملك الغير للغير ثم ملكه في يوم من الايام يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية
بملك الغير باطلة حتى لو ملكه بوجه ثم مات لا تنفذ فيه الوصية والى هذه الرواية
اشار بقوله وقيل لا خلاف فيه لمحمد ووجهه فقال وهو المختار للفتوى
لما بيناه من الفرق وان اوصى بالف عين اي الف درهم بعينها من مال غيره
فلربها اي لرب الالف الاجازة للوصية بعد موت الموصي وله اي لرب

الا الف المنع بعد الاجازة لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازة صاحبه فاذا
اجاز كان منه هذا ابتداء تبرع فله ان يمتنع من التسليم كسائر المتبرعات
بخلاف الورثة لو اجازوا ما زاد على الثلث من وصية المورث حيث لا يكون
لهم ان يمتنعوا من التسليم بعد الاجازة لان الوصية في نفسها صحيحة لكما
لمصادفتها ملكه وانما امتنع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فينفذ
من جهة الموصي فليس لهم الرجوع وكذا لو اوصى للقاتل او الوارث فاجازها
الورثة فلا رجوع لهم بعده لما ذكرناه وان اقر احد الابنين بعد القسمة
اي قسمة تركة ابيهما بوصية ابيه بالثلث فعليه دفع ثلث نصيبه الى المقر له
بالوصية وهذا استحسان والقياس ان يعطيه مثل نصف نصيبه وهو قول
زفر لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء
النصف ليبقى له النصف فصار كما اذا اقر احدهما باخ ثالث لهما وجه الاستحسان
انه اقر له بثلث شايع في جميع التركة وهو في ايديهما فيكون مقرا له بثلث
ما في يده وبثلث ما في يد اخيه فيقبل اقراره في حق نفسه لولايته على
نفسه ولا يقبل في حق اخيه لعدم الولاية عليه فيعطيه ثلث ما في يده
وان اوصى بامة فولدت بعد موته فهما اي الامة وولدها للموصى له ان خرجا
من الثلث لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا
بها فاذا ولدت قبل القسمة والتركة مبقاة على ملك الميت قبلها حتى يقضى بها
دينه وتنفذ منه وصاياه دخل الولد في الوصية فيكونان للموصى له ان
خرجا من الثلث والا اي وان لم يخرجا من الثلث اخذ الثلث منها اي من الام
ثم منه اي من الولد هذا عند ح وعندهما اخذ الثلث منهما على السواء هذا
اذا ولدت قبل القسمة وقبل قبول الموصى له ولو ولدت بعد القسمة وبعد
قبول الموصى له فالولد للموصى له لانه نماء ملكه لان التركة بالقسمة خرجت عن
حكم ملك الميت فحدثت الزيادة في خالص ملك الموصى له ولو ولدت بعد
القبول وقبل القسمة ذكر القدوري انه لا يكون موصى به ولا يعتبر خروجه من
الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة ومشايخنا قالوا

يصير

يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له كما لو ولدت قبل
القبول ولو ولدت قبل موت الموصي لم يدخل في الوصية فيكون لورثته
كيف ما كان والكسب كالولد في جميع ما ذكرناه ٠ كذا في الزيلعي **باب
العتق في المرض** العبرة لحال التصرف في التصرف المنجز اي غير المضاف
الى الموت بل اوجب في الحال بطريق الانشاء كقوله اعتقت او وهبت
وغيرهما مما فيه معنى التبرع فان كان ذلك التصرف في الصحة فمن
كل المال حتى لو قال في الصحة اعتقت عبدي هذا يعتق من كل ماله وان
في مرض الموت فمن ثلثه بخلاف الاقرار بالدين فانه ينفذ من كل ماله
ولو اقر في مرضه لانه ليس بانشاء ولذا قلنا بطريق الانشاء وكذا النكاح
في مرض الموت بمهر المثل ينفذ من كل المال كذا في المنح والمضاف الى
الموت اي التصرف المضاف الى الموت كانت حر بعد موتي او هذا لزيد
بعد موتي من الثلث اي يعتبر من الثلث وان وصلية كان في الصحة
لانه وصية فيعتبر من الثلث ومرض صح منه كالصحة لان حق الورثة
والغرماء لا يتعلق بماله الا في مرض موته وبالبرء يتبين انه ليس بمرض
الموت فلا حق لاحد في ماله فالتحرير في مرض الموت وهو ظاهر
والمحاباة صورتها ان يبيع المريض ما يساوي مائة بخمسين او يشتري
ما يساوي خمسين بمائة فالزائد على قيمة المثل في الشراء والناقص عنها في
البيع محاباة حكمها حكم الوصية والكفالة بالمال والهبة وهو ايضا ظاهر
وصية اي حكم هذه التصرفات حكم الوصية في اعتباره اي اعتبار كل من
هذه التصرفات من الثلث يعني انها في حكم الوصية في كونها معتبرة
من الثلث لا حقيقة الوصية لان الوصية ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات
منجزة في الحال وان اعتق وحابى اي فعلهما وضاق الثلث عنهما فالمحاباة
اولى ان قدمت على العتق بان حابا اولا ثم اعتق وهما اي المحاباة والعتق
سواء ان اخرت المحاباة صورة المحاباة ثم الاعتاق ما اذا باع المريض عبدا
قيمته مائتان بمائة ثم اعتق عبدا قيمته مائة ولا مال له سواهما يصرف الثلث

الى المحاباة ويسعى العبد في كل قيمته وصورة الاعتاق ثم المحاباة اعتق العبد
الذي قيمته مائة ثم باع العبد الذي قيمته مائتان بمائة فانه يقسم الثلث
وهو المائة بينهما نصفان فالعبد المعتق يعتق نصفه مجاناة ويسعى في نصف
قيمته وصاحب المحاباة ياخذ العبد الاخر بمائة وخمسين وان اعتق بين
محاباتين بان حابى عبدا ثم اعتق عبدا اخر ثم حابى عبدا اخر قسم الثلث بين
المحاباتين نصفين لتساويهما فنصف من الثلث للاولى من المحاباتين ونصف
اخر من الثلث بين العتق والاخيرة من المحاباتين وان حابى بين عتقين
بان اعتق ثم حابى ثم اعتق فنصف من الثلث للمحاباة ونصف اخر من الثلث
للعتقين هذا كله من قوله وان اعتق وحابى الى هنا عند ابي ح وعندهما
العتق اولى في الجميع اي الصور الاربع لهما ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ
والمحاباة يلحقها الفسخ ولا معتبر في التقديم بالذكر لانه لا يوجب التقديم
في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة
فكانت تبرعا في معنى عقد المعاوضة لا بصيغتها والاعتاق تبرع صيغة ومعنى
فاذا وجد المحاباة اولا دفعت الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو
لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة للمحاباة وان اوصى بان يعتق عنه
بهذه المائة عبد فهلك منها درهم بطلت الوصية عند ابي ح وعندهما يعتق بما
بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن كما في صورة الحج ولابي ح
انه وصية بعبد يشترى بمائة من ماله وتنفيذها فيما يشترى باقل منها تنفيذ
في غير الموصى به وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة فينفذ
باي وجه كان ولو كان مكان العتق حج يحج بما بقي بعد الهلاك اجماعا لما ذكرناه
وتبطل الوصية بعتق عبده لو جنى العبد بعد موت سيده فدفع العبد الى
ولي الجناية بها اي بسبب الجناية لان الدفع قد صح لان حق الجناية مقدم على
حق الموصي فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة الموصي
وملك الموصي باق الى ان يدفع وبه يزول ملكه فاذا خرج به عن ملكه بطلت
الوصية وان فدى اي فداه الورثة فلا تبطل الوصية لان الفدا كان في مالهم

ولو

ولو اوصى لزيد بثلث ماله وترك عبدا فادعى زيد عتقه في الصحة والوارث
عتقه في المرض فالقول للوارث ولا شيء لزيد الا ان يفضل الثلث عن
قيمته او يبرهن زيد على دعواه وهو ان العتق كان في الصحة وهذا
لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ماله سوى العبد لان العتق في الصحة
ليس بوصية فينفذ من جميع المال والوارث ينكر ذلك لان العتق في المرض
وصية وهو مقدم على غيره من الوصايا فذهب الثلث بالعتق وبطل حق
الموصى له بالثلث فكان منكرا لاستحقاق الموصى له والقول قول المنكر
مع يمينه ثم اذا فضل شيء من الثلث عن قيمة العبد سلم للموصى له ذلك
الفضل وان برهن على دعواه يكون له ثلث جميع المال سوى العبد ولو ادعى
رجل على الميت دينا وادعى العبد اعتاقه في صحته اي صحة الميت ولا مال
له غيره اي غير ذلك العبد وصدقهما اي الداين والعبد الوارث يسعى العبد في
قيمته وتدفع اي تلك القيمة الى الغريم عند ابي ح وعندهما لا يسعى في
شيء لان الدين والعتق ظهرا في الصحة معا بتصديق الوارث في كلام
واحد فصار كانهما وجدا معا وثبت ذلك بالبينة والعتق في الصحة
لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين ولابي ح ان الاقرار بالدين اقوى
من الاقرار بالعتق ولهذا يعتبر اقراره بالدين من جميع ماله وبالعتق من
الثلث والاقوى يدفع الادنى فصار كاقرار المورث بنفسه بان ادعى عليه
رجل دينا وادعى عبده عتقا في الصحة فقال في مرضه صدقتما فانه
يعتق العبد ويسعى في قيمته فكذا هنا وقضية دفع الاقوى ان يبطل
العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فابطلناه من حيث المعنى
بايجاب السعاية عليه قال في الزيلعي وعلى هذا الخلاف ما اذا مات
فترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دينا وقال الاخر هذا
الالف لي كان عنده وديعة فعند ابي ح الوديعة اولى وعندهما سواء كذا في
الهداية وقال في النهاية ذكر فخر الاسلام والكاشاني فقال لو ترك
الفا وهذا يدعي دينا وذلك قال هو مودع والابن قد صدق هذين معا

استويا وجه قول من تقدم الوديعة ان الوديعة تثبت في عين الالف
والدين يثبت في الذمة اولا ثم ينتقل الى العين فكانت الوديعة اسبق
فكان صاحبها اسبق ووجه قول من سوى بينهما ان الوديعة لم تظهر الا مع
الدين فيستويان وان اجتمعت الوصايا بعضها واجب كالحج والزكوة والكفارات
وبعضها نفل وضاق الثلث عنها اى عن الوصايا قدمت الفرائض لانها اهم من
النافلة قال في قاضيخان رجل اوصى بان يعطى مائة درهم للفقراء ومائة
درهم للاقرباء وان يطعم الفقراء لما ترك من الصلوات الخمس فمات وعليه
صلوات شهر وثلث ماله لا يبلغ جميع وصيته قال ابو بكر محمد بن الفضل
يقسم الثلث على مائة للفقراء وعلى مائة للاقرباء وعلى قيمة ما يبلغ من قيمة
الطعام لكل صلوة منوين من الحنطة فما اصاب الاقرباء اعطوا من ذلك
وما اصاب الفقراء والطعام ادى الطعام اولا ويجعل النقصان في حصة
الفقراء انتهى فقدم الطعام على الفقراء لانه اهم وان وصايا اخرها الموصى
فان تساوت في الفرضية بان كانت كلها فرضية او غيرها كلها نافلة
قدم ما قدمه لان الظاهر ان الانسان يبتدئ بالاهم وقيل تقدم الزكوة على
الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وقيل بالعكس وهو الرواية الاخرى
عن ابي يوسف وهو قول محمد وتقدم الحج والزكوة على الكفارات في القتل
والظهار واليمين وتقدم الكفارات على صدقة الفطر وصدقة الفطر على الاضحية
وان اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده راكبا لان الواجب
عليه ان يحج من بلده فكذا يجب عليه الاحجاج كما وجب عليه لان الوصية
لاداء الواجب عليه وانما شرط ان يكون راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا
فوجب عليه الاحجاج على ذلك الوجه ان وفت النفقة والا اى وان لم يف
النفقة فمن حيث تفي والقياس ان لا يحج عنه اذا لم يف النفقة لانه اوصى
بالحج على صفة وقد عدمت تلك الصفة فيه وجه الاستحسان ان
مقصوده تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن ولا يمكن على هذا الوجه
فيؤتى به على وجه يمكن وهو اولى من ابطاله وان خرج من بلده حاجا فمات

في

في الطريق واوصى ان يحج عنه حج عنه من بلده عند ح وعندهما من حيث
مات استحسانا لان سفره بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة
بقدره وقد وقع اجره على الله تعالى لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا
الى الله ورسوله الاية ولم ينقطع سفره بموته بل يكتب له حج مبرور فيبتدأ
من ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج من بيته للتجارة لان سفره لم يقع قربة
فيحج عنه من بلده وله ح ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده لان الواجب
عليه كما تقدم وعمله قد انقطع بالموت والمراد بالمتلو في حق احكام الاخرة
من الثواب وهذا الخلاف فيمن له وطن واما من لا وطن له فيحج عنه من
حيث مات بالاجماع لانه لو حج بنفسه انما كان يحج من حيث هو فكذا اذا
حج عنه غيره وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق
حيث يحج عنه ثانيا من وطنه عند ح وعندهما من حيث مات وقد تقدم
تفصيله في كتاب الحج

باب الوصية

للاقارب وغيرهم جار
الانسان ملاصقه فلو اوصى لجيرانه فهم ملاصقون بداره فتصرف الوصية
اليهم وهذا عند ح وعندهما من يسكن محلته ويجمعهم مسجدها اى
مسجد محلته وهذا استحسان وجهه ان كل من يسكن محلته ويجمع مسجدها
يسمون جيرانا عرفا وشرعا قال عم لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد
ففسر بكل من يسمع النداء ولان المقصود بالوصية للجيران ان يبرهم و
يحسن اليهم واحسانه يعم الملاصقين وغيرهم الا انه لا بد من الاختلاط
ليتحقق معنى الاسم والاختلاط عند اتحاد المسجد ولهذا شرط اتحاد المسجد
ولابي ح وهو القياس ان اسم الجار ماخوذ من المجاورة وهي الملاصقة
ولهذا لا يستحق الشفعة غير الملاصق بالجوار ولانه لما تعذر صرفه الى
الجميع صرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق ولهذا لا يدخل عليه جار المحلة
ولا جار الاراضي وجار القرية فوجب صرفه الى اخص الخصوص وهو الملاصق
ويستوي الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار
يتناول الكل ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاق الاسم ولا يدخل

عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار وتدخل فيه الارملة
لان سكناها يضاف اليها ولا تدخل التي لها بعل لان سكناها غير مضاف
اليها وانما هي تبع فلم يكن جارا حقيقة كما في الزيلعي وقال في العناية
قال محمد في الزيادات وينبغي على قياس قول الامام ان يدخل السكان
تحت الوصية من الجيران الملاصقين وان كانوا لا يملكون المسكن ومن
كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قال ابو بكر بن شاهويه هذه كدخدائية
من محمد في مذهب الامام وليس كذلك فانه بنى هذا الحكم على استحقاق
الشفعة وهو للملاك واقول ينبغي على قول محمد ان لا يدخل الذمي لان
المسجد لا يجمعه الا اذا اريد باتحاد المسجد سماع الاذان انتهى وقال في
قاضيخان رجل اوصى بثلث ماله لجيرانه قال بعضهم ان كانوا يحصون
تقسم الوصية على اغنيائهم وفقرائهم وكذا لو قال لاهل مسجد كذا ولو اوصى
لمجاوري مكة قال ابو نصر الوصية جائزة فان كانوا لا يحصون تصرف
لاهل الحاجة منهم وان كانوا يحصون قسمت على رؤسهم انتهى فظهر منه ان
الجيران ان لم يحصوا كانت الوصية باطلة لان لفظ الجيران ليس بمنبئ عن
الحاجة حتى تصرف الوصية الى فقرائهم ولم يمكن تصحيحه بطريق التمليك للكل
للجهالة الفاحشة ولم يذكر المص في الوصية للجيران الاحصاء لان
الملاصق ومن يسكن محلته ويجمعهم مسجدها على المذهبين يكونون
يحصون غالبا وصهره من هو ذو رحم محرم من امراته يعني اوصى لصهره
يدخل فيه ذو رحم محرم من امراته هذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة
وفي الصحاح الاصهار اهل بيت المراة ولم يقيده بالمحرم ويؤيد تفسير
محمد ما روي انه عم لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم
منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عم وهكذا ذكره في الهداية
وقال وكذا يدخل في الصهر كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة
ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمراة
في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت

في عدة

في عدة من طلاق باين لا يستحقها مطلقا لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح
وهو الشرط وقت الموت انتهى وختنه بفتحتين جمعه اختان من هو زوج
ذات رحم محرم منه اي من الموصي كازواج البنات والاخوات والعمات
والخالات قال في المصباح نقلا عن الجوهري والختن بفتحتين عند العرب
كل من كان من قبل المراة مثل الاب والاخ وختن الرجل عند العامة
زوج ابنته انتهى فتفسير المص على عرف العامة يستوي في ذلك اي في
الختن الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل واقاربه واقرباؤه
وذو قرابته وارحامه وذو ارحامه وانسابه اي لو اوصى لواحد مما ذكر يراد
به الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه اي من الموصي ولا يدخل فيه
الوالدان اي الاب والام والولد ذكرا او انثى وفي الجد روايتان وكذا في
الجدة روايتان ففي ظاهر الرواية يدخلان وكذا الحال في ولد الولد
عليها في الزيلعي اما عدم دخول الوالدان لانهم لا يسمون اقرباء عادة ومن
سمى والده او ولده قريبا كان منه عقوقا اذ القريب في عرف اللغة من
يتقرب الى غيره بواسطة غيره والوالد والولد يتقربان بنفسهما بلا واسطة
وان لم يكن له اي للموصي ذو رحم محرم بطلت الوصية وتكون تلك الوصية
للاثنين فصاعدا لان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يراد بالجمع ما فوق
الواحد فكذا في الوصية والمذكور في هذه الوصية لفظ الجمع فيراد به المثنى
هذا كله عند الامام وعندهما هذه الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له اي
من ينسب الى الموصي من قبل الاب او من قبل الام الى اقصى اب له في الاسلام
بان اسلم اقصى الاب او ادرك الاسلام وان وصله لم يسلم اختلف في
اشتراط اسلام اقصى الاب قيل انه شرط وقيل لا بل الشرط ادراكه الاسلام
وان لم يسلم وثمرة الخلاف تظهر فيما لو اوصى احد من اولاد علي لاقربائه فمن
شرط الاسلام صرفه الى اولاد علي لاسلامه لا الى اولاد ابي طالب لعدم
اسلامه ومن اكتفى بادراكه الاسلام صرفها الى اولاد ابي طالب لادراكه
الاسلام فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر ولا يدخل اولاد عبد المطلب بالاجماع

لانه لم يدرك الاسلام لهما ان اسم القريب يتناول الكل لانه مشتق من القرابة
فيكون اسما لكل من قامت القرابة به فتبنا ولمواضع الخلاف ولابي ح ان الوصية
اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب فكذا في اختها لان
الاخت لا تخالف الاخ في الاحكام قالوا ويستوي فيه الحر والعبد
والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين مذهب ابي ح
ومذهب صاحبيه وانما تكون لاثنين فصاعدا عند ابي ح لان المذكور فيه
بلفظ الجمع وفي الميراث يراد بالجمع المثنى فكذا في الوصية لانها اختها
وقال في الزيلعي هذا ظاهر في الاقارب ونحوه واما في الانساب
فمشكل لانه جمع نسب وفيه لا يدخل قرابته من جهة الام فكيف دخلوا
فيه هنا انتهى فمن له عمان وخالان الوصية لعميه عند ابي ح اي لو اوصى
لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عنده لانه يعتبر الاقرب
فالاقرب في الوصية لاقاربه واقربائه كما تقدم والعمان اقرب من الخالين
فتقدم وعندهما للكل على السواء يعني تقسم بينهما اربا عا لان الاسم يتناولهم
وهما لا يعتبران الاقرب كما تقدم ومن له عم وخالان نصف الوصية
لعمه ونصفها بين خاليه عند ابي ح لان اللفظ جمع فلا بد من اعتبار
معنى الجمع فيه وهو الاثنان في الوصية فينضم الى العم خالان فيصير
جمعا فياخذ هو النصف لانه اقرب ويأخذ الخالان النصف لعدم من يتقدم
عليهما في القرابة وعندهما تقسم اثلاثا بينهم لما تقدم هذا اذا اوصى
لاقاربه او اقربائه بلفظ الجمع بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث
يكون جميع الوصية للعم ولا شيء للخال لانه لفظ واحد فيحوز الواحد جميع
الوصية عنده لانه اقرب ولا حاجة الى ضم الخال الى العم لتصحيح معنى الجمع
لان اللفظ مفرد وان كان له اي للموصي فيما اذا اوصى للاقارب او الاقرباء
بلفظ الجمع عم فقط فنصفها له اي للعم لما تقدم انه لا بد من اعتبار معنى الجمع
فيه واقله اثنان في الوصية فيكون لكل منهما نصف فيعطى للعم نصف ويرد
النصف الآخر الى الورثة من لا يدخل في الاقارب من الوالدين والولد

كما

كما تقدم لعدم من يستحقه سوى الورثة وان كان له عم وعمة وخال وخالة
فالوصية للعم والعمة على السواء لان قرابتهما مستويان ومعنى الجمع يتحقق فيهما
فاستحقا الوصية جميعا على السواء ولا شيء للخال والخالة منها لان العم والعمة
اقرب ولا حاجة للضم اليهما لوجود نصاب الجمع مع العم والعمة بدونهما هذا
كله عند ابي ح وعندهما الوصية لكل من العم والعمة والخال والخالة على السوية
في جميع ذلك لانهما لم يعتبرا الاقرب فالاقرب بل اعتبرا تناول الاسم كما تقدم
واهل الرجل زوجته عند ابي ح وعندهما من يعولهم ويضمهم نفقته اي
من كان في عياله ونفقته غير مماليكه اعتبارا للعرف قال الله تعالى
فنجيناه واهله الا امرأته والمراد من كان في عياله ولابي ح ان اسم الاهل
حقيقة في الزوجة قال الله تعالى اذ قال لاهله اي لامرأته ويقال
تاهل اي تزوج وآله اهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها فيدخل فيه
كل من ينسب اليه من ابنه الى اقصى اب له في الاسلام الاقرب والابعد
والذكر والانثى والمسلم والذمي والصغير والكبير سواء ولا يدخل فيه اولاد
البنات واولاد الاخوات ولا احد من قرابة امه كذا في الزيلعي وابوه
وجده من اهل بيته فيدخلان في الوصية للآل واهل نسبه من
ينسب اليه من جهة الاب لان النسب يعتبر من الآباء لا من الامهات
وجنسه اهل بيت ابيه لان الانسان يتجنس بابيه فصار كآله ونسبه
والوصية لبني فلان وهو اي والحال يراد به اي بلفظ بني فلان معناه
الاضافي اعني ابن صلب بخلاف ما اذا لم يرد به معناه الاضافي بل يراد
به اسم قبيلة او فخذ فان حكمه سيأتي مصرحا للذكور خاصة عند ابي ح
وعندهما وهو رواية عن الامام يدخل الاناث ايضا لهما ان جمع الذكور
يتناول الاناث ايضا وله ان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث
تجوز والاصل في الكلام الحقيقة ولورثة فلان مثل حظ الانثيين اي
كانت الوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لان الاسم مشتق من الوراثة
والوراثة بين اولاده واخوته كذلك فكذلك الوصية لان التنصيص على المشتق

يدل على ترتب الحكم على ماخذ الاشتقاق قال في الزيلعي شرط هذه الوصية
ان يموت الموصى لورثته قبل موت الموصي حتى يعلم ورثته من هم اما لو مات
الموصي قبل موت الموصي لورثته بطلت الوصية ولولد فلان للذكر والانثى
على السواء لان لفظ الولد ينتظم الكل ولا يدخل اولاد الابن عند وجود
اولاد الصلب ويدخلون اي اولاد الابن عند عدمهم اي عدم اولاد
الصلب دون اولاد البنت قال في العناية ومن اوصى لولد فلان
ففلان اما ان يكون ابا خاصا او فخذا فان كان الاول فالوصية تناولت
الاولاد الصلبية دون اولادهم الذكر والانثى عند الانفراد والاختلاط
سواء لان اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة
وولد الولد مجاز لا يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة فان لم يكن له
ولد من الصلب يدخل اولاد الابناء رواية واحدة وفي اولاد بنات
روايتان هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي ح ان الوصية لولد فلان
يتناول الولد وولد الولد ايضا فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في
اولادكم قال القدوري والصحيح انهم لا يدخلون وان كان الثاني يدخلون
وان كان الصلبي قائما لان فلانا اذا كان فخذا فبنوه وبناته لا يخلو عن
الاولاد عادة فتكون مرادة فيدخل بخلاف ما اذا كان ابا خاصا فان
بنيه وبناته قد يخلو عن الاولاد فلا يكون مرادة انتهى وان اوصى لبني فلان
وهو اي لفظة بني فلان ابو قبيلة اي اسم قبيلة لا معناه الاضافي
اعني ابن صلب كما تقدم لا يحصون فهي باطلة لانه لا يمكن التمليك والوصية
تمليك حتى لو كانوا يحصون فالوصية صحيحة يدخل فيه الذكر والانثى
ومولى العتاقة والموالاة والحاصل انه اذا اوصى لبني فلان فلا يخلو اما ان
يريد مفهومه الاضافي اي ابن الصلب او يكون اسم قبيلة لا يحصون
او اسم قبيلة يحصون او اسم فخذ فان كان الاول فحكمه تقدم من قبل وان
كان الثاني فهي باطلة وان كان الثالث والرابع فهي صحيحة يدخل فيه الذكر
والانثى ومولى العتاقة والموالاة لان المراد بها مجرد الانتساب كبني ادم

كذا

كذا في العناية وقال في الدرر الفخذ في العشائر اقل من البطن اولها
الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ وان كانت
الوصية لايتامهم اي ايتام بني فلان او عميانهم او زمناهم او اراملهم فللغني
والفقير منهم اي من هؤلاء والذكر والانثى اي يدخل في الوصية لهؤلاء
اغنيائهم وفقرائهم وذكورهم واناثهم الارامل جمع ارمل وهو الذي لا يقدر
على شيء رجلا كان او امرأة من ارمل اذا افتقر وقيل الارمل في النساء
خاصة والمختار عند المص هو الاول حيث قال والذكر والانثى وهو مختار
صاحب الهداية ايضا وهو المروي عن الشعبي ان كانوا يحصون لتحقق
امكان التمليك ح وللفقراء منهم اي من بني فلان خاصة ان كانوا لا يحصون
لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه
الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء واختلفوا في تعريف
الاحصاء قال بعضهم هو ان لا يحتاج في الاحصاء الى كتاب وحساب
فان احتيج الى ذلك فهم لا يحصون وهذا هو المروي عن ابي يوسف وقال بعضهم
وهو المروي عن محمد اذا كانوا اكثر من مائة فانهم لا يحصون وقال بعضهم هو
مفوض الى راي القاضي قال في قاضيخان وعليه الفتوى والايسر ما قال
محمد ولو اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم
لا يحصون بطل الوصية وان كانوا يحصون تصح الوصية ويدخل فيه الغني
والفقير وهل يدخل الذكر في الايامى مثل الانثى فيه اختلاف فقال
الكرخي انه يدخل لان الايم هي التي لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا ويقال
رجل ايم ايضا وقال محمد الايم هي الثيب من النساء خاصة قال في العناية
وانما بطلت الوصية في الشبان والايامى عند عدم الاحصاء لانه ليس
في اللفظ ما يدل على الحاجة والفقر حتى تصرف الوصية الى الفقراء ولا يمكن
تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة الفاحشة بسبب عدم الاحصاء
فبطلت انتهى ولمواليه اي لو اوصى لمواليه فان كان له المولى الاعلى والاسفل
فالوصية باطلة على ما سيصرح به وان لم يكن له المولى الاعلى بل له المولى الاسفل

فالوصيه جائزة منى اى هذه الوصيه لمن اعتقهم اى اعتقهم الموصى وهم الموالى الاسفل فى الصحه او فى المرض لتناول اللفظ اياهم ولا يدخل فيها مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت لان المتوقف على الشئ لا يا لعلية يعقبه وجودا والوصيه تضاف الى حالة الموت لانها اخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت ولم توجد فيها وعن ابى يوسف انهم يدخلون لان سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد ثابت قالوا والاصح هو الاول لانهم لا ينسبون اليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالاحياء الحاصل بالعتق وذلك انما يكون بعد الموت ويدخل فيها بالاجماع عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبل الموت عند تحقق عجزه فيتحقق فيه اسم المولى قبل الموت كذا فى الهداية ولاولادهم اى اولاد من اعتقهم الموصى لان نسبتهم اليه بالولاء للمعتق الذى باشر فى ابائهم والفروع اجزاء الاصول فكان اطلاق المولى حقيقة فيهم كما فى اصولهم ولهذا لا يصح نفى اسم المولى عنهم كذا فى العناية ولا يدخل فى الوصيه لمواليه مولى الموالاة وهو شخص مجهول النسب قال لآخر انت مولاى ترثنى اذا مت وتعقل عنى اذا جنيت وقال الآخر قبلت وعن ابى يوسف انهم يدخلون ايضا فى هذه الوصيه والكل شركا لان الاسم يتناولهم على السواء وقال محمد ان جهة الولاء مختلفة لانها فى المعتق الانعام وفى مولى الموالاة عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق كذا فى الهداية ولا موالى الموالى لانهم موالى غيره حقيقة بخلاف مواليه واولاد مواليه لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه لان اضافة المشتق فى لفظة مواليه تفيد اختصاص معناه الى المضاف اليه باعتبار مفهومه مثل مكتوب زيد ما يختص به باعتبار مكتوبيته الا عند عدمهم اى عدم مواليه الحقيقية وهى الموالى بولاء العتاقة فان الموالى حقيقة هم الذين وقع عليهم العتق وموالى الموالى ينسب اليه مجازا فلا يتناولهم الاسم الا عند عدم الموالى الحقيقية لان المجاز لا يصار اليه الا عند تعذر الحقيقة فلو كان له

معتق واحد وموالى الموالاة او موالى الموالى فالوصيه نصفها لمعتق واحد ونصفها للورثة لان اسم الجمع يتناول الاثنين فصاعدا فيستحق الواحد النصف ويسقط مولى الموالاة ومولى الموالى لتعذر العمل بالحقيقة والمجاز فيصرف الى الورثة وبطل الوصيه لمواليه ان كان له اى للموصى لمواليه معتقون على صيغة اسم الفاعل ومعتقون على صيغة المفعول اى لو اوصى لموالى فلان ولفلان موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصيه باطلة وقال الشافعى فى رواية عنه ان الوصيه لهم جميعا وفى رواية اخرى عنه ان الوصيه توقف حتى يصطلحوا لان الاسم يتناولهم جميعا لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة فى التناول على بنى الاعيان وبنى العلات وبنى الاخياف ولنا ان جهة الولاية مختلفة لان المولى الاعلى مولى النعمة فهم المنعمون والاسفل منهم عليهم فصار مشتركا لفظيا فلا ينتظمهما معا فى موضع الاثبات بخلاف موضع النفى بان حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفى فيعم هكذا ذكره بعض مشايخنا وهو اختيار شمس الائمة وعامة اصحابنا على ان لا عموم للمشترك اصلا لا فى النفى ولا فى الاثبات واجابوا عن مسئلة الحلف بان ترك الكلام مع الموالى مطلقا ليس لوقوعه فى سياق النفى بل لان الحامل على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير بذلك المعنى كالشئ الواحد فان قيل سلمنا ان لفظ الموالى مشترك بين الاعلى والاسفل لكن حكمه التوقف لا البطلان فكيف يصح الحكم ببطلانه اجيب بان الكلام فيما اذا مات الموصى قبل البيان والتوقف فى مثله لا يفيد ومن هنا قال فى الدرر والتنوير ان هذه الوصية باطلة الا ان يبينه فى حيوته يعنى وجب التوقف فى حيوته حتى يقوم منه البيان فان بين قبل موته جاز والا بطلت

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

لما فرغ من احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع فى بيان احكام الوصايا المتعلقة بالمنافع تصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره لان المنافع يصح تمليكها فى حال الحيوة ببدل وبدونه فكذا بعد الممات لحاجته كما فى الاعيان ويكون محبوسا فى ملكه فى حق

المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملك الموصى كما يستوفي في الموقوف عليه منافع
الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها
تمليك على اصلنا بخلاف الميراث فانه خلافة فيما يتملكه المورث وهو في عين
تبقى والمنفعة عرض لا تبقى حتى ان الموصى له بالخدمة اذا مات لا تورث كذا
في الدرر وبغلتها اي غلة عبده وغلة داره لانها بدل المنفعة فاخذت
حكمها وان خرج ذلك اي رقبة العبد والدار من الثلث سلم ذلك اي
رقبتها الى الموصى له لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة بعد
ان خرج من الثلث والا اي وان لم يخرج ذلك من الثلث قسمت الدار يعني لو
اوصى بسكنى داره ولم يخرج الدار من الثلث قسمت الدار اثلاثا للانتفاع بها
لانها تقبل القسمة اجزاء فتقسم بالاجزاء لان القسمة اعدل للتسوية بينهما
زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من
حيث الزمان لا بالاجزاء يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول اولى لكونه
اعدل وتهايئا اي يقتسمان مهاياة في العبد يومين لهم ويوما له اي يخدم
العبد يومين للورثة ويخدم يوما للموصى له يخدمه لان حقه في الثلث
وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه
لا يتجزى فصرنا الى المهاياة بالضرورة ايفاء للحقين بخلاف الدار فانها
تقبل القسمة بالاجزاء فتقسم بالاجزاء كما تقدم قال في العناية في
هذه المسئلة تفصيل وهو انه اذا اوصى بخدمة عبده لشخص فاما ان قال ابدا
او جعل ذلك زمانا فان كان الاول وخرجت رقبة العبد من الثلث او لم يخرج
ولكن اجازت الورثة التسليم اليه سلم اليه ليخدمه وان لم يجزه الورثة خدم الورثة
يومين والموصى له يوما الى ان يموت العبد وان كان الثاني فاما ان عين
له سنة مثلا ان يقول سنة ست وستين او سبعمائة او لم يعين فان
عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات الموصى
بعد مضي بعض من تلك السنة او مات قبل مضيها فان كان العبد يخرج من
الثلث او اجازه الورثة فانه يسلم العبد الى الموصى له حتى يستوفي وصيته وان كان

لا

لا يخرج ولم يجز الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى يمضي السنة
التي عينها ثم سلمه الى الورثة وان لم يعين فان كان العبد يخرج من الثلث
او لا يخرج واجازت الورثة يسلم العبد الى الموصى له يستخدمه سنة
كاملة ثم يرده الى الورثة وان لم يخرج ولم يجزه الورثة يخدم الموصى له
يوما والورثة يومين الى ثلاث سنين ثم يرده الى الورثة وهذا الحكم
على خلاف ما اذا اوصى بغلة عبده سنة فان له ثلث غلة تلك السنة
انتهى قال في قاضيخان رجل اوصى للمساكين بنزل كرمه ثلاث سنين
فمات فلم يحمل كرمه ثلاث سنين شيئا قال نصير تبطل وصيته وقال
محمد بن سلمة لا تبطل وقال الفقيه ابو الليث قول محمد بن سلمة يوافق قول
اصحابنا فانهم قالوا فيمن اوصى بخدمة عبده سنة لفلان وفلان هذا
غائب فان العبد يخدمه سنة بعد رجوعه ولو اوصى لفلان بخدمة
عبده هذه السنة فقدم فلان بعد هذه السنة بطلت وصيته وكذلك
الغلة ونزل الكرم انتهى وان مات الموصى له في حيوة الموصى بطلت
الوصية لانها ايجاب عند موت الموصى لا قبله على ما تقدم من قبل فاذا
مات الموصى له قبل وقت الايجاب لم يصح الايجاب كما لم يصح ايجاب البائع
للمشتري بعد موته ولو مات الموصى له بعد موت الموصى يعود العبد
والدار الى ورثة الموصى ومن اوصى له بغلة الدار او العبد لا يجوز له السكنى
في الدار والاستخدام للعبد في الاصح لانه اوصى له بالغلة وهي
دراهم او دنانير وهذا استيفاء المنفعة بنفسها لا الغلة ولا شك انهما
متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من
الغلة باسترداده منه بعد استغلالها ولا يمكنهم ذلك من المنافع
بعد استيفائها بعينها قوله في الاصح احتراز عن قول بعض المشايخ
انه يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود ولا يجوز لمن
اوصى له اي للموصى له بالخدمة والسكنى ان يواجر العبد والدار لان
الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل

اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة الحيوة على اصلنا ولهذا لا يملك
المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هنا وكذا لا يجوز للموصى له ان يخرج
العبد الموصى بخدمته من البلدة الا ان يكون الموصى له مع اهله في غير
تلك البلدة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك اذا كان العبد يخرج من
الثلث وان لم يخرج من الثلث فلا يخرجه منها الا باذن الورثة كذا في
الهداية وان اوصى الموصى له اي لرجل بثمرة بستانه فمات الموصي وفيه
اي في البستان ثمرة فله اي للموصى له هذه الثمرة فقط اي لا ما يحدث
بعدها وان زاد الموصي ابدا بان قال ثمرة بستاني له ابدا فله اي للموصى له
هي اي الثمرة الاولى وما يستقبل الى ما عاش الموصى له وان اوصى له بصوف
غنمه او لبنها او اولادها فله ما يوجد من ذلك اي الصوف او اللبن
او الاولاد عند موته اي موت الموصي فقط اي لا ما يحدث من ذلك
بعده سواء قال الموصي ابدا او لم يقل واعلم ان مسائل الوصية المتعلقة
بالاقتصار على الموجود من الموصى به والتعدي الى ما يحدث بعدها على
وجوه ثلثة في وجه ان ذكر الابد يقع الموجود والحادث كالوصية
بثمرة بستانه وان لم يذكره فان كانت الثمرة موجودة وقت موت الموصي
يتناولها الوصية والا فالقياس ان تبطل الوصية وفي الاستحسان
يقع على الحادث الى ان يموت الموصى له وجه القياس ان الثمرة حقيقة في
الموجود وان لم تكن موجودة وقت موته تبطل الوصية لانها لا تقع على
المعدوم ووجه الاستحسان انها تحمل على المجاز عند تعذر الحقيقة صونا
لكلام الموصي عن الالغاء وكلام المص ظاهر في جواب القياس وفي
وجه يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى له ذكر الابد او لم يذكر
كالوصية بغلة بستانه او ارضه او سكنى داره او خدمة عبده والفرق
بينه وبين الوجه الاول ان الثمرة اسم للموجود فلا يتناول المعدوم الا
بدلالة زائدة كالتنصيص على الابد لانه لا يتأبد الا بتناوله المعدوم
ايضا واما الغلة فيتناول الموجود وما هو بعرضية الوجود مرة بعد اخرى

عرفا

عرفا فان اطلقت يتناولها بلا توقف على دلالة اخرى وفي وجه يقع على
الموجود دون الحادث بعده ذكر الابد او لم يذكر كالوصية بالصوف
على ظهر غنمه او الولد في بطن جاريته او بطن غنمه ونحوهما والفرق
بينه وبين الوجهين الاولين ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك
الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة
والاجارة فاقتضى ذلك لجوازه في الوصية بالطريق الاولى لان
بابها اوسع واما الولد المعدوم والصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع
لا يجوز ان يرد العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فكذلك لا يدخل
تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز بعقد البيع استحقاقها تبعا
وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية قال في قاضيخان رجل اوصى بغلة
كرمه لانسان قال الفقيه ابو بكر يدخل في هذه الوصية القوائم
والاوراق والثمار والحطب فانه لو دفع الكرم معاملة يكون كل هذه الاشياء
بينهما كالثمر وقال في الهداية ولو اوصى بخدمة عبده ولاخر برقبته وهو
يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة
لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على الاخر فيعتبر
هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص
في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له
فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان اخر اذ الوصية اخت الميراث من حيث
ان الملك يثبت فيها بعد الموت فيكون الرقبة للموصى له بالرقبة والخدمة
للموصى له بالخدمة ثم هذا العبد اما ان يكون ادرك حد الخدمة او لا فان
كان الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة الى ان يدرك الخدمة لان بالانفاق
عليه ينمو العبد وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا ادرك الخدمة صار
كالكبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لان الغرم بالغنم وان جنى
جناية فالفداء على من له الخدمة كذا في العناية ولو اوصى بامة لرجل
وما في بطنها لاخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولاخر بفصه

او اوصى بقوصرة لرجل وما فيها من التمر لاخر كان كما اوصى فالظرف والامة
والخاتم لصاحبها والمظروف والولد والفص لاخر وتمامه في الهداية

باب وصية الذمي ولو جعل ذمي داره بيعة او كنيسة في

صحته ثم مات فهي ميراث بالاتفاق اما عند الح فلانه بمنزلة الوقف عنده
والوقف عنده غير لازم بدون التسجيل اذا كان لمسلم فهذا اولى فيورث
بين ورثته واما عندهما فلان هذا معصية وان كانت قربة في اعتقادهم
فلا يصح واستشكل على قول الح بان هذا عندهم كالمسجد عند المسلمين
والمسلم ليس له ان يبيع المسجد فوجب ان يكون الذمي فيها كذلك لانهم عنده
يتركون وما يعتقدون واجيب بان المسجد محرز عن حقوق الناس وصار
خالصا لله تعالى ولا كذلك البيعة في اعتقادهم فانها لمنافع الناس
لانهم يسكنون فيها ويدفنون فيها موتاهم فلم تصر محرزة عن حقوقهم فكان
ملكه فيها ثابتا وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا ولو اوصى به اي
بداره لقوم مسمين جاز من الثلث بالاتفاق يعني اذا اوصى بان يبنى داره
بيعة او كنيسة لناس معينين فهو جائز من الثلث بالاتفاق لان في الوصية
معنى الاستخلاف والتمليك وللذمي ولاية لهما فامكن تصحيحه باعتبارين
فجوزناه باعتبار معنى التمليك وجعلناه من الثلث باعتبار معنى الاستخلاف
وكذا اي جاز من الثلث في غير المسمين عند الح لانا امرنا بان نتركهم
وما يدينون وهذا قربة عندهم فيجوز وان لقوم غير محصورين خلافا لهما
قالا انها وصية باطلة لانها معصية في الحقيقة وان كان في معتقدهم
قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقريرها ولا يمكن
تنفيذها بطريق التمليك كما في الصورة الاولى لان التمليك غير ممكن ههنا
قالوا هذا الاختلاف اذا اوصى ببناء بيعة او كنيسة في القرى فاما في
الامصار فلا يجوز بالاتفاق لانهم لم يمكنوا من احداث ذلك في الامصار
وعلى هذا الخلاف اذا اوصى ان يذبح خنازيره ويطعم المشركين من غير تعيين
كذا في الزيلعي ثم قال والحاصل ان وصايا الذمي ثلثة اقسام منها ما هو

جائز

جائز بالاتفاق وهو ما اذا اوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كما اذا اوصى
بان يسرج في بيت المقدس وجعل ثلث ماله للفقراء وعتق الرقبة سواء
كان لقوم معينين او غير معينين لانه وصية بما هو قربة عندنا وعندهم
ومنها ما هو باطل بالاتفاق وهو ما اذا اوصى بما ليس قربة عندنا وعندهم كما اذا
اوصى للنائحات والمغنيات فانها معصية عندنا وعندهم او اوصى بما هو
قربة عندنا لا عندهم كما اذا اوصى بالحج او بناء مسجد للمسلمين او بما يسرج مساجدهم
لانها معصية عندهم وكلاهما لا تصح بالاتفاق الا ان يكون لقوم معينين
فانها تصح بطريق التمليك ومنها ما هو مختلف فيه وهو ما اذا اوصى بما هو
قربة عندهم لا عندنا كبناء الكنيسة والبيعة لقوم غير معينين فعند
الح يجوز وعندهما لا يجوز وان كان لقوم معينين يجوز بالاتفاق
وحاصله ان وصية لقوم معينين يجوز في الكل على انه تمليك لهم وما ذكره
من الجهة مثل تسريج مساجد المسلمين او بناء مساجدهم وغيرهما خرج منه
على طريق المشورة لا على طريق الالزام حتى لا يلزمهم ان يصرفوه في تلك
الجهة بل يفعلون به ما شاؤا لانه ملكهم وتصح وصية مستامن لا وارث
له في دارنا بكل ماله لمسلم او ذمي او لمستامن اخر لان امتناع الوصية
بما زاد على الثلث لحق الورثة وليس لورثة المستامن حق مرعي لانهم اموات
في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق
الورثة وقد اسقط حقه فيجوز لانه اهل للتمليك منجزا كالهبة فكذا مضافا
اليها بعد الموت وقيد بقوله لا وارث له في دارنا لانه لو كان له وارث
في دارنا لا يجوز له الوصية باكثر من الثلث الا باجازتهم لانه بالامان
التزم احكامنا فصار كالذمي ثم ان كان له وارث اخر في دار الحرب
شارك الوارث الذي في دارنا في ميراثه لانه لما بطل وصيته فيما زاد
على الثلث كان ذلك ميراثا عنه بين جميع ورثته وان اوصى المستامن
ببعضه اي ببعض ماله رد الباقي اي الباقي بعد اخذ الوصية الى
ورثته رعاية لحق الامان وتصح الوصية له اي للمستامن ما دام في دارنا

من مسلم او ذمي لانه ما دام في دار الاسلام فهو كالذمي في المعاملات
فيصح عقود التمليكات منه وتبرعاته في حال حيوته فكذا بعد مماته وعن
الح وابي يوسف وصية المسلم والذمي للمستامن لا يجوز لانه في دارهم حكما
حتى يمكن من الرجوع اليها فصارت كالارث والاظهر ما اختاره المص لان
الوصية تمليك بخلاف الارث كذا في الزيلعي وصاحب الهوى اي اهل البدع
ان لم يكفر بهواه فهو كالمسلم في الوصية لانا امرنا ببناء الاحكام على ظاهر
الاسلام والا اي وان كان يكفر بهواه فكالمرتد فيكون على الخلاف السابق
في تصرفات المرتد من انها جائزة عندهما موقوفة عند الح ان اسلم نفذ
كسائر تصرفاته والا فلا قال فكالمرتد واما المرتدة فقال في الهداية وفي
المرتدة الاصح انه يصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم
فصارت المرتدة كالذمية وقال في النهاية وذكر صاحب الكتاب في
الزيادات على خلاف هذا فقال قال بعضهم لا يكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح
حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها
واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها هذا ومراده بصاحب الكتاب صاحب
الهداية واجاب عن هذا صاحب العناية بانه لا منافاة بين كلاميه لانه قال
في الهداية الاصح وقال في الزيادات الصحيح ورجح في الزيلعي
ما ذكره في الهداية حيث قال الاشبه ان تكون كالذمية فتصح وصيتها
لانها لا تقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها فكذا الوصية وذكر العتابي
في الزيادات ان من ارتد عن الاسلام الى النصرانية او اليهودية
او المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل اليهم فما صح منهم صح منه هذا عندهما
واما عند الح فوصية المرتد موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع
لانها لا تقتل انتهى ما ذكره العتابي وصحح قاضيخان بان المرتدة كالذمية فجاز
منها ما جاز من الذمية وما لا فلا ووصية الذمي تعتبر من الثلث فلا يجوز
في الزيادة عليه ولا تصح لوارثه لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع
الى المعاملات فلا يجوز وصيته في الزيادة على الثلث بدون اجازة الورثة

ولا لوارثه ايضا كالمسلم ويجوز وصية الذمي لذمي من غير ملته اعتبارا بالارث
ان الكفر كله ملة واحدة لا لحربي في دار الحرب لان الارث ممتنع لتباين
الدارين فكذا الوصية لانها اخت الميراث قال في الزيلعي وعلى رواية الجامع
الصغير ينبغي ان يجوز هذه الوصية وههنا مسئلتان مهمتان احديهما ما ذكر في
الدرر والغرر وصدرها بالتنبيه انها مالها وقال الوصية المطلقة بان يقول
مثلا هذا القدر من مالي او ثلث مالي وصية او اوصيت هذا القدر من مالي
او ثلث مالي لا يحل للغني لانها صدقة فهي على الغني حرام وان كان الموصى عمم
بان يقول يأكل منها الفقير والغني لان اكل الغني من الوصية لا يصح الا بطريق
التمليك والتمليك لا يصح الا للمعين والغني لا يتعين ولا يحصى واذا خصت
الوصية بغني بان يقول مثلا هذا القدر من مالي او وصيته لزيد وهو غني
او خصت بقوم اغنياء محصورين حلت لهم الوصية لصحة التمليك
لهم لتعينهم وكذا الحال في الوقف اي ان الوقف المطلق مختص بالفقراء لا يحل
للغني وان عمم الواقف واذا خصص بغني معين او بقوم محصورين اغنياء
حل لهم ذلك الوقف ويملكون منافعه لا عينه حتى اذا ماتوا ينقرض عينه
في ملك الواقف او وارثه واذا ماتوا يكون للفقراء انتهى وهذا دليل واضح
على انه لا يجوز للاغنياء ان يشربوا من ماء السقاية الموضوعة في مساجد
البلدان وطرق العمران مع الكيزان المبردة بالثلج في ايام الصيف بل هو
مختص بالفقراء ولا يحل للاغنياء وما ذكر في المتون والشروح والفتاوى
في كتاب الوقف من ان السقايات والخانات الموقوفة لا يختص بالفقراء
بل يعم الاغنياء ايضا فالمراد بالسقاية ههنا هي السقاية التي مست اليها
حاجة العامة اعني السقاية الموضوعة في الطرقات النائية والتي
سميت بجشمه في العمران لان العامة من الفقراء والاغنياء محتاجة الى
هذه السقاية بالضرورة كالخانات والقنطرات ولقد بسطنا الكلام
فيه في كتاب الوقف وثانيهما ان الوصية لقراءة القرآن لا يجوز على ما ذكر
في الفتاوى قال في الخلاصة لو اوصى لقارئ القرآن يقرأ عند قبره بشيء

فالوصية باطلة انتهى وهكذا في البزازية والمحيط السرخسي بعينه وعلله في
المحيط بان اخذ الشيء للقراءة بمنزلة الاجرة على القراءة وذا لا يجوز
انتهى وهكذا علله في المحيط البرهاني ايضا وزاد عليه بان اخذ الاجرة
للقراءة باطلة ولم يفعلها احد من الخلفاء وقال في الاختيار واخذ
الشيء للقراءة لا يجوز لانه كالاجرة انتهى وقال العيني في شرح الهداية
والآخذ والمعطي للقراءة آثمان ظهر من هذه النقول ان ما اشتهر بين
الناس من الوصية لقراءة القران عند قبره حين دفن بشيء من الدراهم
والدنانير والناس يجتمعون عند قبره ويقرؤن الاجزاء من القران
ويأخذونه من تلك الوصية باطل لا اصل له في الشرع بالاتفاق
وكل من المعطي والآخذ اثمان نعم لو قرأ القارئ لمحض رضاء الله من
غير طلب اجرة وطمعها واعطى المعطي من غير طلب ثواب منه ولا طمع كان
ذلك صلة جائزة لكن ذلك المشهور بينهم ليس من هذا القبيل بل المعطي
يعطي لاجل الثواب والقارئ يقرأ لاخذ الاجرة من تلك الوصية حتى
لو علم القارئ عدم اعطائه لم يقرأ ولو علم المعطي عدم وصول الثواب
لروح الميت لم يعط فلم تكن صلة بل اجرة فكانت باطلة **باب
الوصي** لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو
الوصي فقال ومن اوصى الى رجل اي جعله وصيا فقبل اي الوصي في
وجهه اي وجه الموصي ورد في غيبته لا يرتد لانه لما قبل في وجهه
اعتمد الموصي على قبوله فلم يوص الى غيره فلو جوزنا رده في غيبته او بعد
موته صار الميت مغرورا وذلك باطل فيرتد رده قال في الهداية
من اوصى الى رجل فقبل في وجهه ورد في غير وجهه ليس برد وفسر
في العناية الوجه بالعلم وغير الوجه بلا بغير العلم حيث قال فقبل الوصي
في وجه الموصي اي بعلمه وردها في غير وجهه اي بغير علم الموصي هكذا
ذكره في الذخيرة اشارة الى ان المقصود بذلك علم الموصي ليتدارك
حاله عند رد الوصي فليس هذا ببد لان الميت مات معتمدا عليه فلو صح رده

بغير

812

بغير علمه في حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فلا يجوز انتهى كلام
العناية فينبغي ان يحمل كلام المص على هذا التفسير فان قيل ما الفرق بين الموصى له
والموصى اليه حيث ان قبول الموصى له في الحال غير معتبر على ما تقدم حتى
لو قبله في حال حيوة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الموصى اليه
اجيب بان نفع الموصى له بالوصية لنفسه ونفع الموصى اليه للموصي لا لنفسه
فكان في رده بغير علمه اضرار به فلم يجز بخلاف الموصى له لان الموصى به
يرجع الى ورثة الموصي فلا ضرر له في ذلك والى هذا الجواب اشار صاحب
الهداية بقوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث
يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هنالك لانه حي يقدر على التصرف
بنفسه انتهى فانه جعل علة جواز رده بغير علمه عدم الضرر كما في رد
الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره صاحب الهداية من جواز رد
الوكيل بغير علم الموكل مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة
وادب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى
قاضيخان ونقل عن كل واحد منها ما يدل على ان الوكيل اذا عزل نفسه عن
الوكالة حال غيبة الموكل بغير علمه لا يصح حتى لم يخرج عن الوكالة واعترض
صاحب العناية نصرة للهداية وقال ليس فيما نقله صاحب النهاية من
الكتب المذكورة ما يدل على الوكيل بشراء شيء بغير عينه وعن هذا قال
بعض الشارحين رواية عامة الكتب فيما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه
واليه اشار صاحب الهداية ايضا في باب الوكالة بالبيع والشراء حيث
قال ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لان فيه عزل
نفسه عن الوكالة ولا يملكه على ما قيل الا بحضرة من الموكل انتهى فان لفظة
قيل تشير الى ان هذا قول المشايخ وان رد الوصي في وجهه اي وجه
الموصي اي بعلمه يرتد لانه متبرع في ذلك فان شاء دام عليه وان شاء
رجع اذ ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه ايضا لانه يمكنه
ان ينيب غيره مقامه لعلمه برجوعه فان لم يقبل ولم يرد بل سكت حتى مات

الموصى فهو اى الوصى مخير بين القبول وعدمه ان شاء قبل وان شاء لم يقبل
لان الموصى ليس له ولاية الالزام فبقى مخيرا فصار كالوكيل فانه لو وكل حال
حيوته فالوكيل مخير بين القبول وعدمه ما لم يوجد منه قبول نصا او دلالة
فان قيل ما كان يجب ان لا يكون مخيرا لانه لما بلغه الايصاء ولم يرده اعتمد
عليه الموصى فلم يوص الى غيره وفى ذلك اضرار به والضرر مدفوع اجيب
بان الموصى مغتر حيث لم يسأله عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار بالاغترار
بخلاف ما اذا قبل ثم رد فى غيبته فانه غار فيبطل الخيار وفى البزازية
قبل الوصاية او تصرف بعد الموت ثم اراد عزل نفسه لم يجز الا عند الحاكم
واذا حضر عند الحاكم نظر فى حاله ان مامونا قادرا على التصرف لا يخرجه
وان عرف الحاكم عجزه وكثرة اشتغاله اخرجه للضرر فى ابقائه وان
باع الوصى شيئا من التركة لم يبق له الرد وان وصلية اى وان كان غير عالم
بالايصاء لان بيعه التركة قبول دلالة سواء علم الايصاء او لم يعلم فلم يبق له
الرد وينفذ بيعه لصدوره من الوصى بخلاف الوكيل اذا لم يعلم التوكيل له
فباع شيئا حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه مختص بحال انقطاع ولاية
الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة
اما التوكيل فانه انابة لثبوته حال قيام الميت فلا يصح بغير علم كاثبات الملك
بالبيع والشراء فان رد بعد موته اى موت الموصى ثم قبل صح قبوله ما لم ينفذ
من التنفيذ قاض رده بان اخرجه القاضى من الوصاية حين قال لا اقبل
لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل ايصاء الموصى لان فى ابطاله مضرة بالميت
وضرر الوصى فى الابقاء على الوصاية مجبور بالثواب الا ان القاضى اذا اخرجه
عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضى ولاية دفع الضرر وربما يعجز
عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضى الضرر عنه وينصب حافظا
لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال
بعد تنفيذ القاضى رده اقبل لا يلتفت اليه لانه قبل بعد ابطال القاضى
كذا فى الهداية وان اوصى الى عبد او كافر او فاسق اى جعل واحدا منهم وصيا

اخرجه

اخرجه القاضى عن الوصاية ونصب غيره وصيا والمراد بالعبد ههنا عبد غيره
لا عبد نفسه والكافر اعم من الذمى والمستامن والحربى وقوله اخرجه القاضى
ونصب غيره هكذا وقع العبارة فى الهداية وغيره ايضا وهى تشير الى صحة
الوصية اليهم لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد فى الصور الثلاث
ان الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ فى انه باطل اصلا او معناه سيبطل
بعد اخراج القاضى قال الفقيه ابو الليث واليه ذهب القدورى وفخر الاسلام
البزدوى وعامة مشايخنا ان معناه سيبطل ووجهه ان العبد اهل
للتصرف ولهذا جاز توكيله ولكن لما كان عجزه عن استيفاء حقوق الميت
مظنونا لكون منافعه للمولى والظاهر منع المولى عن التبرع بها وعلى تقدير اجازته
له كان الرجوع عن الاجازة وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية
قلنا انها ستبطل باخراج القاضى عنها واما الكافر فقد ذكر فى كتاب
القسمة انه لو قاسم شيئا قبل ان يخرجه القاضى عن الوصاية جاز فثبت ان
الايصاء صحيح لكنه لا ينفذ البياعات الفاسدة فجاز للقاضى ان يخرجه
من الوصية واما الفاسق فلان ولايته على نفسه وعلى غيره ثابتة الا
ان القاضى يخرجه لاتهامه بالخيانة وقال بعضهم انه باطل فى العبد
واليه ذهب السرخسى وذلك لان الوصاية ولاية متعدية وليس للعبد
ولاية على نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره وفى غير العبد
معناه ستبطل وقال بعضهم معناه فى الكافر ايضا باطل لعدم الولاية
على مسلم هذا فى ايصاء المسلم الى الكافر ظاهر وهل للذمى الايصاء الى
المستامن قالوا لا يجوز قال فى التاتارخانية والذمى اذا اوصى الى
الحربى مستامنا او غير مستامن فانه لا يجوز لان الذمى من الحربى بمنزلة
المسلم من الذمى والمسلم لو اوصى الى الذمى كانت الوصية باطلة فكذا الذمى
اذا اوصى الى الحربى فان القاضى يخرجه وان اوصى الى عبده اى ان جعل
عبد نفسه وصيا فان كان كل الورثة صغارا صح عند ح خلافا لهما قالا
لا يصح وهو القياس لان الولاية منعدمة فيه لان الرقية تنافيها ولان فيه

اثبات ولاية المملوك على المالك وهو قلب المشروع ونقض الموضوع ولان
الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه الولاية تجزيتها
لان هذا العبد لا يملك بيع رقبته والاب كان يملكه فهو خلاف
الموضوع الشرعي ولابي ح انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا
للوصاية وليس لاحد ولاية عليه فان الصغار وان كانوا ما لكين له
فليس لهم ولاية النظر عليه فلا منافاة بخلاف ما اذا كان في الورثة
كبار او كان الايصاء الى العبد الغير لانه لا يستبد بالتصرف
اذ كان للمولى منعه بخلاف الاول لانه ليس للقاضي ولا للصغار منعه
بعد ما ثبت الايصاء اليه وكذا ليس له بيعه وايصاء المولى اليه يوذن
بكونه ناظرا لهم فصار كالمكاتب والوصية قد تتجزى على ما رواه الحسن
عن ابي ح كما اذا اوصى لرجلين لاحدهما يكون في الدين والاخر في
العين يكون كل واحد منهما وصيا فيما اوصى اليه خاصة كذا في الزيلعي
وان فيهم اي في الورثة كبير بطل اجماعا لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه
فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بما التزم فلا يفيد ولو كان الوصي عاجزا
عن القيام بالوصية اي الوصاية ضم القاضي اليه غيره ولا يخرجه عن
الوصاية بل يضم اليه غيره لان في الضم رعاية الحقين حق الموصي وحق
الورثة لان تكميل النظر يحصل بذلك لان النظر يتم باعانة غيره بدون
الاخراج فلا يخرجه عنها ولو شكى اليه الوصي عن القيام بسبب عجزه لا يجيبه
القاضي حتى يعلم عجزه حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على
نفسه ولو ظهر له عجزه اخرجه واقام غيره مقامه رعاية للنظر من
الجانبين وان كان الوصي قادرا على الوصاية امينا عن الخيانة لا يخرجه
القاضي وان وصلية شكى الورثة او بعضهم منه ما لم يظهر منه خيانة
فاذا ظهر منه خيانة اخرجه القاضي واقام غيره مقامه واعلم ان
الاوصياء ثلثة عدل غير كاف وعدل كاف وفاسق فالاول يضم اليه من
يعينه والثاني لا يخرج ولا يضم اليه غيره والثالث يخرجه القاضي ويقيم

غيره مقامه وكذا من ظهر خيانته في امر الوصاية وهو داخل في الفاسق
وذكر في قاضيخان ان القاضي لو عزل العدل الكافي عن الوصاية ينعزل
ايضا نقله عن الامام خواهرزاده وقال وعند بعض المشايخ لا ينعزل العدل
الكافي بعزل القاضي لانه مختار الميت فيكون مقدما على القاضي هذا في وصي
الميت واما وصي القاضي فهو مخالف لوصي الميت في ثمان مواضع منها ان
القاضي ليس له ان يعزل وصي الميت العدل وله ان يعزل وصي القاضي
ولو كان عدلا ومنها ان وصي الميت له ان يبيع من نفسه ويشتري
لنفسه ان كان فيه نفع ظاهر عند ابي ح ووصي القاضي ليس له ذلك
بالاتفاق ومنها ان وصي الميت اذا خصصه الميت لا يتخصص بخلاف وصي
القاضي فانه يتخصص بتخصيص القاضي ومنها ان وصي القاضي اذا باع ممن
لا تقبل شهادته له لم يصح بخلاف وصي الميت ومنها ان وصي الميت يوجر
الصغير للاعمال بخلاف وصي القاضي ومنها ان وصي القاضي لا يملك
القبض الا باذن مستانف من القاضي بعد الايصاء بخلاف وصي الميت
ومنها يعمل نهي القاضي عن بعض التصرفات ولا يعمل نهي الميت ومنها
ان وصي القاضي اذا جعل وصيا عند موته لا يصير وصيا بخلاف وصي
الميت الكل في وصايا الاشباه لكن المذكور في المسئلة الثالثة
من عدم التخصيص قول ابي ح وعلى قول الامامين يتخصص بما سماه كما ذكر
في الظهيرية وفتاوى التمرتاشي وان اوصى الى اثنين اي جعلهما وصيا
لا ينفرد احدهما في التصرف عند ابي ح ومحمد الا بشراء كفن وتجهيز
ميت لان في تاخيرها فساد الميت فينفرد احدهما بلا توقف على اذن
الاخر ولهذا يملكه الجيران ايضا وخصومة في حقوق الميت على
الناس لان اجتماعهما فيها متعذر وقت الخصومة عند القاضي فينفرد
احدهما فيها وقضاء دين الميت اذا كانت التركة من جنس الدين
لان قضاء دينه ليس من باب الولاية وانما هو من باب الاعانة له ولهذا
ان صاحب الحق اي الدائن يملكه متى ظفر بحقه بخلاف اقتضاء دين الميت

لانه رضي بامانتهما في القبض جميعا كذا في الزيلعي وطلبه اي طلب دين
الميت لان الطلب ليس اقتضاء للدين فينفرد احدهما به وشرا حاجة الطفل
لانه اعانة له اذ قد يخاف الهلاك عليهم بسبب الجوع والعري فينفرد احدهما
عن الاخر بلا توقف على رضاه وقبول الهبة له لما ذكر في الشراء ورد
وديعة معينة لما ذكر في قضاء دينه وتنفيذ وصية معينة واعتاق
عبد معين ورد مغصوب او مشترى بشراء فاسد وجمع اموال ضايعة
وحفظ المال لان كلها من باب الاعانة للميت فلا يحتاج فيها الى راي الاخر
وبيع ما يخاف تلفه لان في تاخيره خوف الضرر هذا كله عندهما وعند
ابي يوسف يجوز الانفراد مطلقا اي في جميع الاشياء ولا اختصاص
عنده بالاشياء المذكورة واعلم انهم اختلفوا في محل هذا الاختلاف
على ثلثة اقوال قال بعضهم ان هذا الخلاف فيما اذا اوصى الى كل واحد منهما على
حدة بان اوصى الى احدهما اولا ثم الى الاخر بعقد اخر واما اذا اوصى اليهما
معا بعقد واحد فلا ينفرد احدهما عن الاخر بالاجماع كذا ذكره الكيساني
وقال بعضهم الخلاف فيما اذا اوصى اليهما معا بعقد واحد اما اذا اوصى الى
كل واحد منهما بعقد على حدة ينفرد احدهما بالتصرف بالاجماع ذكره الحلواني
عن الصفار قال ابو الليث وهو الاصح وبه نأخذ وقال بعضهم الخلاف في
الفصلين جميعا ذكره ابو بكر الاسكاف وقال في المبسوط وهو الاصح
بخلاف الوكيلين اذا وكلهما متفرقا حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالاجماع
والفرق ان ضم الثاني في الايصاء دليل عجزه الاول عن المباشرة وحده
فيكون بمنزلة الايصاء اليهما جميعا بخلاف الوكالة فان راي الموكل قائم ولو كان
الوكيل عاجزا لباشر الموكل بنفسه لتمكنه من ذلك ولما وكل علم ان مراده
ان ينفرد كل منهما بالتصرف كذا في الزيلعي وشروح الهداية قال في
قاضيخان لو باع احد الوصيين شيئا من تركة الميت لمصلحة لا يجوز عند
ابي حنيفة ومحمد لان عندهما احد الوصيين لا ينفرد عن الاخر بالتصرف وقال فيه
ايضا رجل جعل رجلا وصيا في شيء بعينه نحو التصرف في الدين وجعل

لخر وصيا في شيء اخر فان قال جعلتك وصيا في قضاء ما علي من الدين
وقال للاخر جعلتك وصيا في القيام بامر مالي او جعل احدهما وصيا
لهذا الولد في نصيبه وجعل الاخر وصيا في نصيب ولد اخر له او قال
اوصيت الى فلان بتقاضي ديني ولم اوص اليه غير ذلك واوصيت بجميع مالي
فلانا اخر فكل واحد من الوصيين يكون وصيا في الانواع كلها عند ابي حنيفة
وابي يوسف كانه اوصى اليهما وعند محمد لكل واحد منهما يكون وصيا فيما اوصى اليه
رجل اوصى الى رجل فقال له اعمل برأي فلان فهو على وجهين احدهما ان يقول
اعمل برأي فلان والثاني ان يقول لا تعمل الا برأي فلان اختلفوا فيه على ثلثة
اقوال قال بعضهم في الوجهين الوصي هو المخاطب وقال بعضهم في الوجهين
جميعا كلاهما وصيان كانه اوصى اليهما وقال بعضهم في قوله اعمل برأي
فلان الوصي هو المخاطب وفي قوله لا تعمل الا برأي فلان هما وصيان
واختار ابو الليث هذا القول وهو اشبه بقول اصحابنا فانهم قالوا اذا وكل
الرجل غيره بالبيع وقال له بعه بشهود فباعه بغير شهود جاز ولو قال له
لا تبعه الا بشهود او قال لا تبع الا بمحضر فلان فباع بغير شهود او بغير
محضر فلان لا يجوز كذا هذا وكذا لو اوصى الى رجل وقال له اعمل بعلم فلان
كان له ان يعمل بغير علمه ولو قال لا تعمل الا بعلم فلان لا يجوز له ان يعمل
بغير علم فلان والفتوى على هذا القول كذا في قاضيخان فان مات احد
الوصيين اقام القاضي غيره مقامه ان لم يوص الوصي الذي مات الى احد
وان اوصى الوصي الميت الى الحي اي الى الوصي الحي جاز وتصرف الحي وحده
في ظاهر الرواية ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي اخر لان راي الميت باق
حكما برأي من يخلفه وعن ابي حنيفة انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي
بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غير الحي فانه ينفذ تصرفه برأي
المثنى كما رضي المتوفى كذا في الهداية ووصي الوصي وصي في التركتين
اي في تركة الوصي الميت وتركة الميت الاول وقال الشافعي لا يكون وصيا
في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحيوة ولنا انه رضي

برايه لا بدئ غيره ولنا ان الوصي متصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى
غيره كالجد في النفس فانه اذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغار
واستيفاء القصاص للجد لانتقال الولاية اليه فكذا الوصي فيما انتقل اليه
من الولاية لانه خلف عن الاول وباعتبار هذه الخلافة يجعل الاول قائما
حكما والخلف يعمل على الاصل عند عدمه بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه
ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره او الايصاء الى غيره وكذا
اي وصي الوصي وصي في التركتين ان اوصى الوصي اليه اي الى وصيه في
احديهما اي احدى التركتين هذا عند الجح خلافا لهما قالا انه وصي في تركة
الوصي لا في تركة الميت الاول قال في شرح المجمع اذا اوصى الوصي الى اخر
في تركة نفسه فهو وصي في التركتين وقالا هو وصي في تركة نفس الوصي
دون الموصي الاول لانه نص على الايصاء من تركة نفسه فيقتصر عليه
ولابي ح ان الوصية استخلاف فما كان له من الولاية وعند الموت كانت
له ولاية في التركتين فتنزل منزلته فيهما انتهى وقال علاء الدين الاسود
في شرح الوقاية ولو قال الوصي لاخر جعلتك وصيا في تركتي فقد روي
عن الجح انه وصي في التركتين جميعا وقالا هو وصي في تركة الثاني
خاصة لانه يتصرف بالامر فاختص تصرفه بما خص بالامر كالوكيل ولابي ح
ان تركة موصيه تركة له ايضا فللوصي الثاني ان يتصرف فيهما جميعا انتهى
فظهر من هذين النقلين ان محل الخلاف بين الجح وصاحبيه في هذه
المسئلة فيما اوصى اليه في تركة نفسه لا فيما اوصى اليه في تركتهما
بان يقول له اوصيت في تركتي وتركة الاول فانه وصي في التركتين
في هذه الصورة بالاتفاق فعلى هذا ينبغي ان يحمل الاضافة في كلام
المص للعهد والمعهود تركة نفسه ولو قال ان اوصى اليه في تركة نفسه
كما وقع في المجمع لكان اولى وتصح قسمة الوصي نائبا عن الورثة الغيب مع
الموصى له يعني اذا مات رجل له ورثة غيب واوصى الى زيد لبكر بمبلغ جاز لزيد
الوصي ان يقسم تركته بين ورثته الغيب نائبا عنهم وبين بكر الموصى له

بان

بان ياخذ حق الورثة ويسلم الباقي الى الموصى له لان الوارث خليفة الميت
حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث حتى يكون الولد
حرا كما اذا اشترى جارية فمات ثم استولدها الوارث ثم استحقت الجارية
فانه يصير الولد حرا ويرجع على بايع الميت ويكون الولد ولد المغرور والوصي
خليفة الميت ايضا فيكون خصما للوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه
في المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفي المنقول ان كانوا كبارا والفرق
بين المنقول والعقار ان الورثة اذا كانوا صغارا كان للوصي بيع نصيب الصغار
من المنقول والعقار جميعا اما اذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله
ولاية بيع المنقول فكذا لانها نوع بيع كذا في العناية وقال في البزازية
نقلا عن الاصل الوصي قسم وعزل نصيب كل من الورثة فهذا على خمسة لو كلهم
صغارا لا يجوز قسمته اصلا كما لو باع مال احد اليتيمين من الاخر ولو قسم
الاب مال اولاده الصغار جاز كالبيع والحيلة للوصي ان يبيع مال احد
الصغيرين مشاعا من رجل ثم يقاسم مع المشتري حصة صغير لم يبع حصته
وبعد القسمة يشتري تلك الحصة فيحصل الامتياز والثاني لو كلهم كبارا وبعضهم
حضور فقاسم الحضور وافرز انصباء جاز في المنقول لا في العقار لانه
يلي بيع المنقول لا العقار على الكبار الغيب الثالث لو صغارا وكبارا والكبار
غيب لا يجوز في العقار وكذا في العروض لان الوصي ليس له ولاية القسمة
في العروض على الكبار الغيب فصار كان الكل صغار الرابع لو صغارا وكبارا
حضورا فعزل نصيب الكبار وهم حضور ودفعه اليهم وعزل نصيب الصغار جملة
ولم يفرز نصيب كل واحد من الصغار جاز الخامس عزل نصيب كل واحد من
الصغار والكبار وقسم بين الكل فالقسمة فاسدة ولو دفع الى الكبار نصيبهم و
امسك حصة الصغار جملة ثم قسم حصة الصغار بينهم فالقسمة بين
الصغار والكبار جائزة لا بين الصغار فاذا صحت قسمته عنهم لا يرجعون
اي الورثة على الموصى له لو هلك حقهم اي الثلثان في يد الوصي لان قسمته
ليست بفضولي لا مقاسمته معهم اي مع الورثة على الموصى له يعني اذا كان

الوارث حاضرا والموصى له غائبا فقاسم الوصي مع الورثة عن الموصى له الغائب
فاعطى الورثة حصتهم وامسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له
صغيرا كان او كبيرا في المنقول والعقار كما لم ينفذ اذا كان الموصى له حاضرا
لان الموصى له ليس خليفة الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد حتى
لا يرد بعيب ولا يرد عليه به ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون
الوصي خليفة عنه عند غيبته فاذا لم يصح قسمته على الموصى له فيرجع الموصى له
عليهم اي على الورثة بثلث ما بقي لو هلك حظه في يد الوصي لانه شريك
الوارث فيتوى ما توى من مال الشركة على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة
غير ان الوصي لا يضمن ما هلك وان كان تصرفه غير مشروع لانه امين
فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل
القسمة فيكون له ثلث الباقي وصحت للقاضي اي صحت القسمة للقاضي بين
الورثة والموصى له لو قاسمهم اي لو قاسم القاضي عنه اي نائبا عن الموصى له
الغائب واخذ قسطه اي قسط الموصى له وهو عطف على ضمير صحت للفصل
والفرق بين القاضي والوصي ان القاضي نصب ناظرا لامور المسلمين سيما
في حق الاموات والغيب لعجزهم عن التصرف بانفسهم ومن النظر ان يفرز
نصيب الغائب بخلاف الوصي لانه ليس كذلك فلم تعد على القسمة عن
الموصى له الغائب وانما جاز عن الورثة لكونه خليفة عنهم لا لكونه نصب ناظرا
وفائدة الجواز انه لو حضر الغائب وقد هلك نصيبه في يد القاضي او
امينه ليس له ان يرجع لا على القاضي ولا على الورثة قال في الزيلعي
وهذا في المكيل والموزون لانه افراز ومعنى المبادلة فيه تابع حتى جاز
اخذه لاحد الشريكين من غير قضاء ولا رضاء وكذا يجوز بيع نصيبه
مرابحة واما ما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع
وبيع مال الغير لا يجوز انتهى وهكذا قيده الامام المحبوبي قلت ويدل
عليه ما في الهداية فانه قال من اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة
الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة لان الوصية صحيحة

ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول يصير نصيبه ميراثا لورثته انتهى ويدل
عليه ان الدراهم من الموزونات وفي الوصية بحج لو قاسم الوصي الورثة
معقول قاسم فضاع ما في يده من المال بعد المقاسمة عنده اي عند
الوصي يؤخذ والآخذ هو الوصي للحج ثلث وكذا اي يؤخذ للحج لو دفعه اي لو دفع
الوصي ما في يده من المال لمن يحج عن الميت فضاع ما في يده اي يد المدفوع اليه
هذا عند الامام ح وعند ابي يوسف ان بقي من الثلث اي ثلث جميع المال اخذ
ذلك الباقي من ثلث الجميع والا اي وان لم يبق فلا يؤخذ ثانيا وعند
محمد لا يؤخذ بشيء صورته رجل مات وترك اربعة الاف درهم وقد اوصى
ان يحج عنه وكان مقدار الحج الف درهم فاخذ الوصي الف ودفعها الى الذي
يحج عنه فسرق في الطريق قال ابو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو الف
درهم فان سرقت ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة اخرى وهو ست مائة وستون
وثلثا درهم وهكذا وقال ابو يوسف يؤخذ ما بقي من التركة من ثلث جميع المال
وهو ثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث درهم فان سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة اخرى
وقال محمد اذا سرقت الالف الاولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة اخرى
لان القسمة حق الموصي وهو الميت ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك
في يد المدفوع اليه لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرز وصيه
لانه نائب عنه قائم مقامه ولهذا اخترناه ولابي يوسف ان محل الوصية هو الثلث
فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة ان القسمة
لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم يعتبر دونه وصار كما اذا هلك
قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض
لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها ولو باع الوصي
التركة عبدا مع غيبة الغرماء جاز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى الموصي
حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته بعدما
كان بثمن مثله فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق
بالمالية لا بالصورة والعين والبيع لا يبطل المالية بل يحققها لانها تفوت

لا الى خلف وهو الثمن فلا يفوت حق الغرماء بخلاف العبد الماذون المديون لان
للغرماء حق الاستيفاء منه اما هنا فلا وان اوصى ببيع شيء من تركته عروضا
او عقارا والتصدق عطف على بيع شيء به اي بالثمن فباعه وصيه وقبض ثمنه
فضاع في يده واستحق المبيع في يد المشتري ضمنه الوصي لانه هو العاقد
فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم
له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البايع مال الغير اي الثمن بغير رضاء صاحبه
فيجب عليه رده ورجع الوصي به اي بالثمن الذي ضمنه في التركة اي تركة
الميت الموصي لانه عامل للميت فيرجع عليه كالوكيل لانه عامل للموكل وكان
ابو ح يقول اولا انه لا يرجع لانه ضمنه بقبضه وهو فعل نفسه ثم رجع الى
القول بالرجوع في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع
بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث ووجه ظاهر الرواية انه يرجع عليه
بحكم التغرير من جهته وذلك الغار دين عليه والدين يقضى من جميع التركة
بخلاف القاضي او امينه اذا تولى بيع شيء من التركة للغرماء وقبض الثمن وضاع
حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلده
حذرا عن لزوم الغرامة عليه فيتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه
كالرسول ولا كذلك الوصي لانه كالوكيل فعليه العهدة هذا اذا كانت التركة
قائمة وان كانت التركة هالكة او لم يكن بها وفاء لم يرجع الوصي بشيء كما في سائر
ديون الميت وفي الزيلعي عن المنتقى لا يرجع الوصي في مال الميت بشيء وانما
يرجع على المساكين الذين تصدق عليهم بالثمن لان غنمه لهم فكان غرمه عليهم
ولو قسم الوصي التركة فاصاب الصغير شيء فقبضه الوصي وباعه وقبض
ثمنه واستحق ذلك الشيء رجع في مال الصغير لانه عامل له فيرجع في ماله
والصغير يرجع على بقية الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه
ولا يصح بيع الوصي مال الصغير من الاجنبي ولا شراؤه اي للصغير من الاجنبي
الا بما يتغابن الناس فيه لان تصرف الوصي في مال الصغير نظري ولا نظر في
الغبن الفاحش بل بيعه بالغبن الفاحش باطل على الاصح وقيل فاسد كما ذكرناه

في البيع الفاسد بخلاف الغبن اليسير لان في اعتباره انسداد بابه لعدم
امكان التحرز عنه فلا يعتبر اطلقه فشمل العروض والعقار وفيه تفصيل
ففي قاضيخان وصي الاب اذا باع شيئا من تركة الاب فهو على وجهين
احدهما ان يكون على الميت دين ولا اوصى هو بوصية والثاني ان يكون
على الميت دين او اوصى بوصية ففي الوجه الاول قال في الكتاب للوصي
ان يبيع كل شيء من التركة من المتاع والعروض والعقار اذا كانت الورثة
صغارا اما بيع ما سوى العقار فلان ما سوى العقار يحتاج الى الحفظ
وعسى ان يكون حفظ الثمن ايسر وبيع العقار ايضا في جواب
الكتاب قال شمس الائمة الحلواني ما قال في الكتاب قول السلف اما على
قول المتاخرين لا يجوز للوصي ان يبيع العقار الا بشرائط احدها ان
يرغب الانسان في شرائها بضعف قيمتها او يحتاج الصغير الى ثمنها لنفقته
او يكون على الميت دين لا وفاء له الا بثمنها او يكون في التركة وصية
مرسلة تحتاج في تنفيذها الى ثمن العقار او يكون بيع العقار خيرا لليتيم
بان كان خراجها ومؤنتها يربو على غلاتها او كان العقار حانوتا او دارا
يريد ان ينقض ويتداعى الى الخراب فان وقعت الحاجة للصغير الى اداء
خراجها فان كان في التركة مع العقار عروض بيع ما سوى العقار
وان كانت الحاجة لا تندفع بما سوى العقار فح يبيع العقار بمثل القيمة
او بغبن يسير ولا يجوز بيع الوصي بغبن فاحش لا يتغابن الناس
في مثله وكذا لو اشترى الوصي شيئا لليتيم لا يجوز شراؤه بغبن فاحش
هذا اذا كانت الورثة كلهم صغارا فان الكل كبارا وهم حضور لا يجوز
بيع الوصي شيئا من التركة الا بامرهم فان كان الكبار غيبا لا يجوز بيع
الوصي العقار ويجوز بيع ما سوى العقار ويجوز اجارة الكل لان الوصي
يملك حفظ مال الغائب وبيع العروض يكون من الحفظ اما العقار فمحفوظة
بنفسها الا ان يكون العقار بحال يهلك لو لم يبع فح يصير العقار بمنزلة العروض
وان كانت الورثة كبارا كلهم بعضهم غائب او واحد منهم غائب والكبار حضور

فان الوصي يملك بيع نصيب الغائب فيما سوى العقار لاجل الحفظ عند الكل فاذا
جاز بيعه في نصيب الغائب عند الكل جاز بيعه في نصيب الحاضر ايضا
عند ح وعندهما لا يجوز بيعه في نصيب الحاضر هذا اذا لم يكن في التركة
دين فان كان عليه دين يستغرق التركة للوصي ان يبيع جميع التركة
للدين عروضا كان او عقارا فان كان الدين قليلا لا يستغرق التركة
ملك الوصي البيع بقدر الدين عند الكل واذا ملك ذلك يملك بيع الباقي
عند ح وعندهما لا يملك وكذا لو كان في التركة وصية مرسلة فان الوصي
يملك البيع بقدر ما ينفذ الوصية عند الكل واذا ملك بيع البعض يملك
بيع الباقي عند ح وعندهما لا يملك ولو كان في الورثة صغير واحد
والباقي كبار وليس هناك دين ولا وصية والتركة عروض فان الوصي
يملك بيع نصيب الصغير عند الكل فيملك بيع الباقي عند ح فاذا باع الكل
جاز بيعه في الكل وعندهما لا يجوز بيعه في نصيب الكبار والاصل
عند ح انه اذا ثبت للوصي بيع بعض التركة يثبت له ولاية بيع الكل هذا
كله في وصي الاب ووصي وصي الاب يكون بمنزلة وصي الاب وكذا وصي
الجد يكون بمنزلة وصي الاب ووصي وصي الجد بمنزلة وصي الجد ووصي وصي
القاضي بمنزلة وصي القاضي اذا كان عاما واما وصي الاخ ووصي الام اذا ماتت
الام وتركت ابنا لها صغيرا واوصت الام الى رجل او مات الرجل وترك
اخا صغيرا له واوصى الى رجل يجوز بيع هذا الوصي فيما سوى العقار من تركة
هذا الميت ولا يملك بيع العقار لانه لا يملك الا الحفظ وبيع ما سوى العقار
من الحفظ ولا يجوز لهذا الوصي ان يشتري شيئا للصغير الا الطعام او
الكسوة لان ذلك من جملة حفظ الصغير هذه الجملة ذكرها قاضيخان
في فتاواه وهل يجوز بيع الوصي مال الصغير ممن لا تقبل شهادته له من
اصله وفرعه وغيرهما ففي العمادية قيم الوقف اذا باع الوقف ممن لا تقبل
شهادته له لا يجوز عند ح وكذا اذا اجر منه وكذا الوصي وقيل يجوز في
الوصي كالمضارب وتفصيله في العمادية وبيحاني اي بيع الوصي مال الصغير

من نفسه او مال نفسه من الصغير صورته على ما في قاضيخان لو اشترى الوصي
مال اليتيم لنفسه جاز وكذا لو باع ماله من اليتيم جاز ان كان فيه اي في
هذا البيع والشراء نفع للصغير على قول ح خلافا لهما قال محمد اذا باع ماله
من اليتيم او اشترى مال اليتيم لنفسه لا يجوز على كل حال وهو قول ابي يوسف
اولا ثم رجع الى قول ح فسر السرخسي النفع فقال اذا اشترى الوصي
مال اليتيم لنفسه ما يساوي عشرة بخمسة عشر يكون خيرا لليتيم وان باع
مال نفسه من اليتيم ما يساوي خمسة عشر بعشرة كان خيرا لليتيم وقال
بعضهم ان باع مال نفسه من اليتيم ما يساوي عشرة بثمانية يكون خيرا لليتيم
وان اشترى ما يساوي ثمانية بعشرة يكون خيرا لليتيم هذا ولو باع الاب ماله
من ولده الصغير او اشترى لنفسه مال ولده الصغير ان كان ذلك
شرا للولد لا يجوز وان لم يكن شرا للولد جاز ولا يشترط الخيرية والنفع للولد
ويكفي فيه ان لا يكون شرا ولو اشترى الوكيل بالبيع او بالشراء مال الموكل
لنفسه او باع مال نفسه من موكله لا يجوز عندهم جميعا سواء كان خيرا
او شرا للموكل او للوكيل كذا في قاضيخان وفيه ايضا وصي اشترى
لنفسه شيئا من تركة الميت ان لم يكن للميت وارث لا صغير ولا كبير جاز
وفي العمادية عن شرح الطحاوي الجد في شراء مال اليتيم من نفسه
او بيع ماله من اليتيم بمنزلة الاب بقي الكلام في بيع القاضي وشرائه
مال اليتيم ففي العمادية القاضي اذا باع مال اليتيم من نفسه لا يجوز لانه
انما يجوز من القاضي على وجه الحكم فلا يجوز حكمه لنفسه وفي بيوع القنية
لا يملك القاضي التصرف في مال اليتيم مع وجود الوصي ولو كان منصوبا
وذكر في الصغرى وقال وما ذكر في السير الكبير من عدم جواز بيع
القاضي مال اليتيم من نفسه محمول على قول محمد واما على قول ح فينبغي ان يجوز
وذكر في المنتقى شراء القاضي مال اليتيم لنفسه في موضعين ذكر في
موضع انه لا يجوز وفي موضع اخر انه يجوز له شراء الوصي لنفسه حتى
لو رفع الى قاض اخر ينظر فيه فان كان خيرا لليتيم اجازه والا رده وفي

قاضيخان عن الناطفي لا يجوز بيع القاضي مال اليتيم من نفسه ولا بيع ماله من
اليتيم وكذا لو زوج اليتيم من نفسه لا يجوز قلت وكذا من ابنه ذكره في
الصغرى بخلاف ما اذا اشترى مال اليتيم من وصيه او باع ماله من اليتيم
وقبل الوصي حيث جاز وان كان وصيا من جهة هذا القاضي هذا في بيع الوصي
مال الصغير وهل يجوز بيع الصغير المأذون في العناية والصبي المأذون
او العبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم ولو بالغبن الفاحش عند
ابي ح لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاهلية لا بامر المولى والوصي لان الاذن
فك فلم يكن تصرفهم نيابة عن احد بخلاف الوصي فان تصرفه نيابة يتقيد
بالنفع والخيرية وله اي للوصي دفع المال اي مال الصغير مضاربة وهل له
ان يأخذه مضاربة في العناية للوصي ان يدفع مال اليتيم مضاربة وان
يعمل به مضاربة في قاضيخان للوصي ان يأخذ مال اليتيم مضاربة اطلقه
فشمل المضاربة الصحيحة والفاسدة وفيه تفصيل في البزازية للوصي ان
يأخذ مال اليتيم مضاربة وان اخذه على ان له عشرة من الربح فمضاربة
فاسدة وان عمل لا اجر له وهو مشكل فان المضاربة اذا فسدت تكون
اجارة فاسدة والمنافع تتقوم في الاجارة الفاسدة ويلزم اجر المثل
والجواب انه قد برهن على ان المنافع غير متقوم وان الاصل فيها فلو اوجب
الاجر لزم ايجاب المتقوم في غير المتقوم نظرا الى الاصل وانه لا يجوز في
مال اليتيم والصغير والمتقوم بالعقد الصحيح بالتقوم الدالة عليه والنص
لم يرد في الفاسدة والدار وفي الصحيح لا يكون دارما في الفاسد في
حق الصغير انتهى وهل للاب ذلك في العمادية ان للاب ان يجعل مال الصغير
مضاربة عند نفسه وينبغي له ان يشهد على ذلك عند الابتداء ولو لم يشهد
يحل له فيما بينه وبين ربه ولكن القاضي لا يصدقه وكذلك اذا شاركه وراس
ماله اقل من مال الصغير فان اشهد يكون الربح على ما شرط وان لم يشهد
يحل ديانة ولا يصدقه القاضي ويجعل الربح على قدر راس المال وكذلك
هذا كله في الوصي انتهى ثم قال نقلا عن شرح الطحاوي لو تصرف الاب او الوصي

من

820

من مال الصغير وظهر الربح ثم قال كنت مضاربة لا يكون له من الربح شيء الا ان
يشهد عند التصرف انه يتصرف بحكم المضاربة وهذا في ... ويحل
له الربح ديانة وفي اخر القنية اذا اخذ الوصي مال اليتيم مضاربة
لنفسه هل يشترط التلفظ به ام يكفيه النية لا رواية فيه منصوصا
ولا جواب عن المتأخرين انتهى وشركة وبضاعة لانه قائم مقام الاب
وللاب ذلك فكذا للوصي وقبول الحوالة على الاملأ اي اقدر على اداء
الدين من المحيل المديون لا على الاعسر اي من المحيل المديون لما فيه من
الضرر للصغير وكذا لا يجوز لو كان الثاني اي المحال عليه مثل الاول
لا املأ منه كذا في قاضيخان ولا يجوز له اي للوصي ولا للاب
الاقراض في العمادية نقلا عن العدة الوصي لا يقرض مال اليتيم ومع
هذا لو اقرض لا يكون خيانة حتى لا يستحق به العزل والقاضي يقرض مال
اليتيم وتكلموا في الاب والاصح انه بمنزلة الوصي لان القاضي يملك
الاسترداد ولا كذلك الاب والوصي وفي موضع اخر منها وليس
للوصي الذي نصبه القاضي ان يقرض مال اليتيم وان اقرض كان ضامنا
والاب لو اقرض من غيره قالوا لا يجوز لانه تبرع وبعضهم جوزوا له القرض
فانه يكون دينا على المستقرض ولو اودع جاز فكذا اذا اقرض بل اولى
والقاضي يملك اقراض مال اليتيم والغائب وذكر ظهير الدين القاضي
انما يملك اقراض مال اليتيم اذا لم يجد ما يشتري به يكون غلة لليتيم واما
اذا وجد ذلك فلا يملك الاقراض بل يتعين عليه الشراء وكذا اذا وجد
من يدفع اليه مضاربة لا يملك الاقراض لان المضاربة انفع من
القرض واختلفوا في الاب والصحيح انه بمنزلة الوصي لا القاضي
ويجوز للاب الاقتراض اي اخذ مال اليتيم قرضا لنفسه لا الوصي
اي لا يجوز للوصي اخذ مال اليتيم قرضا في العمادية ولو استقرض
الوصي من مال اليتيم لنفسه ضمن وعن محمد انه لا يضمن والاب لو فعل
ذلك لا يضمن وفي فوائد صاحب المحيط الوصي اذا استقرض مال اليتيم

هل يصح ذكر شيخ الاسلام انه لا يملك ذلك في قول ابح وذكر شمس
الائمة ان فيه اختلاف المشايخ وقال بعضهم ان كان الوصي مليا يملك
والا فلا يملك والاصح انه لا يملك ولو قضى الوصي دين نفسه من مال
الصغير لا يجوز ولو فعل الاب ذلك يجوز وفي العتابية ايضا نقلا
عن فوائد صاحب المحيط الوصي اذا استقرض مال اليتيم وتصرف
فيه وربح ثم انفق على اليتيم مدة من هذا المال الذي تصرف فيه يكون
متبرعا وليس له ان ياخذ بحساب ماله لانه صار ضامنا فلا يخرج عن
العهدة ما لم يرفع الامر الى القاضي او الى منصوب القاضي وكذا المتولي
والله اعلم ولا يتجر في مال الصغير لنفسه لان المفوض اليه الحفظ
دون التجارة في قاضيخان لا يجوز للوصي ان يتجر لنفسه مال اليتيم
فان فعل وربح يضمن راس المال ويتصدق بالربح في قول ابح ومحمد وعند
ابي يوسف يسلم اليه الربح ايضا ولا يتصدق بشيء من الربح وانما يتصدق
قلنا لنفسه لانه يجوز للوصي ان يتجر في مال الصغير للصغير كما في
قاضيخان وغيره ويجوز بيعه على الكبير الغائب غير العقار لان الاب
انما يلي ما سوى العقار دونه فكذا وصيه وهذا استحسان والقياس ان
لا يلي الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الغائب ووجه
الاستحسان ان غير العقار يتسارع الفساد اليه واما العقار فمحصن
بنفسه ولا يخفى عليك ان هذا اذا لم يكن في التركة دين فان كان فيها دين
فان كان مستغرقا فله ان يبيع الجميع وان كان غير مستغرق يبيع بقدر
الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن
العقار ايضا عند ابح خلافا لهما وقد تقدم من قبل ووصي الاب احق بمال
الصغير من جده فان لم يوص الاب فالجد كالاب لانه اقرب الناس اليه
واشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصي غير ان وصي الاب يقدم
عليه في التصرف لانه اختاره مع علمه بقيام الجد فيقدم عليه هذا قول
محمد فانه اقام الجد اب الاب مقام الاب في التصرف في تركة الميت وفرق

ابوح بين وصي الاب وبين الجد وقال يجوز بيع الوصي تركة الميت على الصغير
لقضاء دين الميت ولا يجوز ذلك للجد في قاضيخان اذا مات الرجل وترك
اولادا صغارا وابا ولم يوص الى احد كان الاب بمنزلة الوصي في حفظ
التركة والتصرف فيها اي تصرف كان وان كان على الميت دين كثير فاب
الاب وهو جد الصغار لا يملك بيع التركة لقضاء الدين وكذا الرجل اذا اذن
لابنه الصغير المراهق الذي يعقل البيع والشراء فتصرف الابن تصرفا
وركبته ديون ثم مات هذا الابن وترك ابا فان الاب لا يملك التصرف
في تركته لقضاء الدين ووصي الميت اذا باع التركة لقضاء الدين والدين
غير محيط جاز بيعه عند ابح ولا يجوز عندهما وان لم يكن في التركة دين
ولكن في الورثة صغير فباع القاضي كل التركة نفذ بيعه في قول ابح
وفرق ابوح بين الوصي واب الميت فقال لوصي الميت ان يبيع التركة لقضاء
الدين وينفذ الوصية فاما اب الميت وهو جد الاولاد الصغار فليس
له ان يبيع التركة على الاولاد الصغار لولده لاجل قضاء الدين على الميت
قال شمس الائمة الحلواني هذه فائدة تحفظ من الخصاف واما محمد اقام الجد
مقام الاب فقال اذا مات الرجل وترك وصيا وابا كان الوصي اولى من
الاب وان لم يكن له وصي فالاب اولى ثم وثم الى ان قال فوصي الجد ثم وصي
القاضي وذكر شمس الائمة الحلواني بقول الخصاف يفتى انتهى **فصل**
شهد الوصيان ان الميت اوصى الى زيد معهما اي جعله وصيا له معهما لا تقبل
لانهما يجران نفعا لانفسهما باثبات المعين لهما فترد للتهمة فاذا ردت
شهادتهما ضم القاضي اليهما ثالثا لان في ضمن شهادتهما اقرارا منهما بوصي
اخر معهما للميت واقرارهما حجة عليهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك
بدونه وجاز ذلك للقاضي مع وجود الوصي لامتناع تصرفهما بدونه لاقرارهما
عليهما الا ان يدعيه زيد اي يدعي انه وصي الميت فتقبل شهادتهما استحسانا
والقياس ان لا تقبل كالاول ووجه الاستحسان انه يجب على القاضي ان يضم
اليهما ثالثا لما بيناه انفا فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون

وصيا معها بنصب القاضي وكذا عطف على المستثنى منه اى لا تقبل لو شهد ابناء
الميت بان اباهم اوصى الى زيد لجرهم نفعا لانفسهم بشهادتهم بنصب حافظ
للتركة فصاروا متهمين وان ادعى المشهود له وهو زيد تقبل شهادتهم استحسانا
كما ذكرناه و لغت شهادة الوصيين بمال للصغير سواء كان ذلك المال
منتقلا الى الصغير من مال الميت المورث اولا ولذا اطلقه وكذا اى لغت
شهادة الوصيين للكبير بكبير اى للوارث الكبير في مال الميت قيده بمال الميت
لان شهادتهما للكبير مقبولة في غير مال الميت لانقطاع ولايتهما عن غير مال
الميت لان الميت اقامهما مقام نفسه في تركته لا في غيرها بخلاف ما اذا
كان الوارث صغيرا حيث لا تقبل شهادتهما في الكل لان لوصى الاب
التصرف في مال الصغير جميعا من تركة الميت اولا فيكونان بشهادتهما
متهمين في الكل لانهما يجران نفعا لانفسهما في شهادتهما اعني اثبات
الولاية لهما وكذا يجران لانفسهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول بشهادتهما
للوارث الكبير في مال الميت عند غيبة الوارث فيتهمان فلا تقبل وصحت
له اى للوصى لو قال لهما كان انسب في غيره اى في غير مال الميت
لما ذكرناه من انقطاع ولايتهما عنه هذا كله عند ابي ح و عندهما تصح للكبير
في الوجهين اى في مال الميت وغيره لان ولاية التصرف لا تثبت للوصى
في مال الميت اذا كان الوارث كبيرا فلا تهمة في شهادتهما فتقبل والجواب
ما ذكرناه من ان للوصى ولاية الحفظ وبيع المنقول عند غيبة الوارث
وشهادة الوصى على الميت جائزة اذ لم يكن في هذه الشهادة جر نفع
لنفسه لا له ولو كانت تلك الشهادة بعد العزل اى عزل الوصى عن الوصاية
وان لم يخاصم لان الوصى لا ينعزل الا بعزل القاضي وذلك لا يكون الا بعد
ثبوت الوصاية عند القاضي فالوصاية لما اتصل بها القضاء صار الوصى خصما
في حقوق الميت الموصى على غرمائه فشهادته بعد العزل شهادة الخصم فلا تقبل
وان لم يخاصم بالفعل قال في الخلاصة والبزازية شهادة الوصى بحق للميت
على غيره بعد ما اخرجه القاضي عن الوصاية قبل الخصومة او بعدها

لا تقبل

لا تقبل انتهى اقول هذه المسئلة مشكلة بما ذكره في البزازية قبيل هذه المسئلة
بأسطر حيث قال وشهادة الوصى بعد العزل للميت ان خاصم لا تقبل والا
تقبل انتهى هذا بخلاف الوكيل فان الموكل لو عزله عن الوكالة بعد الخصومة
لا تقبل شهادته للموكل سواء كانت الوكالة عامة او خاصة وفيه تفصيل
في الخلاصة واما شهادة الوكيل للموكل فالوكالة خاصة او عامة
اما الخاصة اذا وكل رجلا بطلب الف درهم قبل رجل معين وبالخصومة فيها
ان خاصم عند غير القاضي ثم عزل الوكيل قبل الخصومة في مجلس القضاء
ثم شهد بهذا الالف لموكله جازت شهادته عندهما وعند ابي يوسف لا يجوز بناء
على ان عنده بنفس الوكالة قام مقام الموكل فلو ان القاضي جعله خصما ثم
اخرجه الموكل من الوكالة فشهد له بعد ذلك بحق كان له يوم وكله
او حدث له بعد ذلك عليه قبل ان يخرجه من الوكالة لم يجز شهادته
فالجعله وكيلا فيما يحدث له بعد ذلك وفيه نظر لان المسئلة محفوظة
فيما اذا وكله بالخصومة في كل حق له بقبضه قبل رجل معين وانه لا يتناول
ما يحدث اما اذا وكله بطلب كل حق له قبل الناس اجمعين فالخصومة تنصرف
الى الحقوق القائمة يوم وكله والى ما يحدث ايضا فيحمل ذلك على الوكالة
العامة رجل وكل رجلا بالخصومة في كل حق له وقبضه من الناس
مطلقا وقدم الوكيل رجلا واقام عليه البينة وجعله القاضي خصما ثم اخرجه
الموكل من الوكالة لم يجز شهادته له لا على هذا الرجل ولا على غيره ممن كان
للموكل عليه حق يوم وكله ولا ما حدث بعد ذلك على الناس الى يوم اخرجه
من الوكالة قال في البزازية وكله بالخصومة عند القاضي فخاصم المطلوب
بالف درهم عند القاضي ثم اخرجه الموكل عنها فشهد الوكيل ان للموكل على
المطلوب مائة دينار تقبل ولو وكله عند غير القاضي فاشهد على الوكالة
فخاصم المطلوب بالف وبرهن على الوكالة ثم عزله الموكل عنها فشهد له على المطلوب
بمائة دينار مما كان له عليه بعد القضاء له بالوكالة لا تقبل لان
الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصما في حقوق الموكل على

غرمائه فشهادته بعد العزل شهادة الخصم فلا تقبل بخلاف الاول لان القاضي
علم بوكالته وعلمه ليس بقضاء فلم تتصل القضاء بوكالته فلا يصير خصما
فتقبل في غير ما صار خصما بخلاف ما اذا اتصل القضاء بوكالته لانه
صار خصما في جميع حقوقه وان خاصمه في غير مجلس القضاء ثم عزله
فشهد تقبل اتفاقا ولو جعله القاضي خصما ثم اخرجه عنها فشهد بحق كان
له يوم الوكالة او حدث له بعدها عليه قبل اخراجه عنها لا تقبل لو كانت
الوكالة عامة ولو كانت خاصة لا تقبل فيما كان له يوم الوكالة والحاصل
في الوكالة العامة بعد الخصومة لا تقبل شهادته لموكله على المطلوب ولا
على غيره في الحقوق القائمة يوم الوكالة ولا في الحادثة الا في الواجب
بعد العزل انتهى ولو شهد رجلان لآخرين بدين الف على ميت كل من الباء
واللام وعلى متعلق بشهد والآخران اي ولو شهد الآخران المذكوران اي
المشهود لهما لان النكرة اذا اعيدت معرفة كان اللاحق عين السابق
لهما اي لرجلين سابقين اي الشاهدين بمثله اي بمثل الدين المذكور صحتا
كل من الشهادتين عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وفي رواية الخصاف
ان ابا حنيفة مع ابي يوسف وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة
لحقوق شتى فلا شركة فيها ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس
للآخر حق المشاركة فيه ووجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة
اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة
يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف
حيوة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة
والجواب عنه لا نسلم ان الدين ينتقل بالموت من الذمة الى التركة الا ترى
ان التركة لو هلكت لا يسقط الدين وان للورثة ان يستخلص التركة بقضاء
الدين من محل اخر فلا يتمكن الشركة بينهم ولو شهد كل فريق للآخر بوصية الف
لا تصح فان حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة
وليس للوارث ان يستخلص التركة ويعطيه من محل اخر ولو قبض احد الفريقين

شيئا من التركة كان للفريق الآخر ان يشاركه فكان كل فريق في الوصية
بثلث ماله صورتها لو شهد رجلان لآخرين بوصية الف مرسلة او بوصية
ثلث ماله وشهد المشهود لهما للشاهدين المذكورين بمثل تلك الوصية لا تصح
لما ذكرناه ولو شهد احد الفريقين للآخر بوصية جارية وشهد الفريق الآخر
له اي للفريق الاول بوصية عبد صحت بالاتفاق اذ لا شركة فلا تهمة وان
شهد الفريق الآخر له اي للفريق الاول اي الشاهدين بوصية ثلثه لا تصح
بالاتفاق لان هذه الشهادة تثبت شركة في المشهود به

كتاب الخنثى

لما فرغ من بيان احكام غالب الوجود ذكر احكام نادر الوجود عقبه هو من
له ذكر وفرج وهو تعريفه وعرفه بعضهم بمن له آلة الرجال وآلة النساء معا
او ليس شيء منهما اصلا وهذا التعريف اعم مما ذكره المص وكلمة او في هذا
التعريف ليس للشك ولا للتشكيك بل للتقسيم والتنويع ثم شرع في
بيان احكامه مفرعا على تعريفه فقال فان بال من احدهما اعتبر به واعلم
ان الاشتباه في الخنثى المشكل حال الولادة اما بتعارض الآلتين او بفقدانهما
جميعا فان وقع الاشتباه بالتعارض فالحكم للمبال لان منفعة الآلة
عند انفصال الولد من الام خروج البول فهو المنفعة الاصلية للآلة وما
سواه من المنافع تحدث بعد ذلك فان بال من آلة الرجال فهو ذكر والآلة
الاخرى زيادة خرق في البدن وان بال من آلة النساء فهو نساء والآلة
الاخرى كثلول في البدن روى محمد عن ابي يوسف عن الكلبي عن ابي صالح
عن ابن عباس انه عم لما سئل كيف يورث مولود كذلك قال من حيث يبول
وقد روى مثله عن علي وجابر وان وقع الاشتباه بفقدان الآلتين جميعا
فقط قال محمد هو عندنا والخنثى المشكل سواء وقال الشريف ومراده انه
مات قبل ان يدرك فيستبان حاله بنبات اللحية او بالنهود الثدي وان
بال منهما اعتبر الاسبق لان السبق من اسباب الترجيح وذلك لانه لما خرج
من احدهما حكم حال الخروج بانه على تلك الصفة فلا يتغير هذا الحكم بخروجه
من الاخرى كما اذا اقام رجل بينة على نكاح امراة فقضى له بها ثم اقام اخر بينة

اخرى لم يلتفت اليها وكذا اذا اقام بينة على نسب مولود فحكم له به ثم ادعاه آخر
واقام البينة لم يلتفت الى الثاني وان استويا في السبق اي لم يوجد
سبق في الخروج فهو مشكل عنده اي ح حتى قال لا علم لي بذلك ولا اعتبار
بالكثرة عنده خلافا لهما قالا يعتبر اكثرهما بولا لان الكثرة تدل على زيادة
القوة واذا استويا في المقدار قالا لا علم لنا بذلك قالوا ان الاعتراف
بعدم العلم يدل على فقه الرجل وديانته فلا طعن على اي ح وصاحبيه
فاذا بلغ صاحب الالتباس فان ظهرت بعض علامات الرجال من نبات
لحيته او قدرة على الجماع بذكره او احتلام كالرجل فهو مثل لكل من الجماع و
الاحتلام فرجل وان ظهر بعض علامات النساء من حيض وحبل وانكسار
ثدي ونزول لبن فيه وتمكين من الوطي فامراة عملا بالعلامات الظاهرة
وان لم يظهر شيء من العلامتين بعد البلوغ او تعارضت العلامتان
الظاهرتان بعد البلوغ فمشكل قال محمد الاشكال قبل البلوغ لتعارض
الالتباس وقت الولادة فاذا بلغ فلا اشكال لانه بعد البلوغ لابد وان يظهر
عليه بعض علامات الذكر او الانثى من العلامات المذكورة من الطرفين
فلا يبقى اشكال بعده واذا ثبت الاشكال بعده البلوغ اي تقرر كما كان
قبل البلوغ ولم يزل بظهور علامة اخذ فيه بالاحوط فيصلي بقناع لاحتمال
انه امراة ويقف في الصلوة خلف الامام بين صفي الرجال والنساء
فلو وقف في صفهم اي الرجال يعيد الصلوة من لاصقه من الرجال من
جانبيه ومن عطف على من السابق بحذائه من خلفه وان وقف في صفهن
اي صف النساء اعاد هو صلوته احتياطا لاحتمال انه رجل فلا يلبس حريرا
ولا حليا ويلبس المخيط في احرامه ولا يتكشف المراد بالانكشاف هنا هو
ان يكون في ازار واحد لا ابداء موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى
ايضا كذا في العناية وقال فيها ايضا وهذه المسئلة تدل على ان نظر المراة
الى المراة كنظر الرجال الى ذوات المحارم لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو
كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز له التكشف للنساء في ازار واحد انتهى وفيه

نظر

نظر لانه لما لم يجز له التكشف في ازار واحد لاحتمال انه ذكر لا لعدم جواز نظر
المراة للمراة مثل نظر الرجل الى الرجل عند رجل الكل لاحتمال انه امراة ولا
امراة لاحتمال انه رجل ولا يخلو به غير محرم من رجل او امراة لاحتمال انه
امراة ولا يسافر بلا محرم ولا يختنه رجل ولا امراة حتى يستبين امره
انه رجل او امراة بل يبتاع له امة تختنه من ماله ان كان له مال والا اي
وان لم يكن له مال فمن بيت المال ثم تباع الامة ويوضع ثمنها في بيت المال
فان مات قبل ظهور حاله لا يغسل لان حل غسل الرجل المراة وعكسه
غير ثابت بين الرجال والنساء في الشرع فان النظر الى العورة حرام والحرمة
لم تنكشف بالموت الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف فلاجل الضرورة ابيح نظر
الجنس الى الجنس عند الغسل فاذا مات مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر غسله
كمن تعذر غسله لعدم ما يغسل به فلا يغسل بل ييمم بالصعيد كامراة ماتت
بين رجال او رجل مات بين النساء فانه ييمم بالصعيد مع الخرقة ان ييمم
الاجنبي وبغيرها ان كان المتيمم ذا رحم محرم من الميت وينظر المتيمم الى وجهه
ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز ان يكون امراة ولا يشترى جارية للغسل
كما كان يفعل للختان لانه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشراء غير مفيد
بخلاف الشراء للختان فانه في حال الحيوة وله اهلية المالكية فيها ويكفن في
خمسة اثواب لاحتمال انه امراة ولا يحضر بعد ما راهق غسل رجل لاحتمال
انه امراة ولا امراة لاحتمال انه رجل وندب تسجية قبره ويوضع الرجل
اي في المصلى بجانب مصلي عليه مما يلي الامام اي يقرب منه ثم يوضع هو اي
الخنثى المشكل ثم توضع المراة ان صلى عليهم جملة اعتبارا بحال الحيوة لانه
يقوم بين صف الرجال والنساء في الحيوة وله اي للخنثى اخس النصيبين
من الميراث عند الامام وهو قول ابي يوسف اولا والمراد به اقل نصيبي الذكر
والانثى وهو نصيب الانثى فان قيل لم ذا لم يقل له نصيب الانثى اجيب بان
نصيب الانثى قد يتساوى نصيب الذكر كما في اولاد الام وقد يزيد عليه كما
اذا تركت زوجا واما واختا لام وخنثى لاب فالمسئلة من ستة وتصح منها

اذا جعلت الخنثى ذكرا فللزوج نصفها وهو ثلثة وللام سدسها وهو واحد
ولولد الام سدس آخر فبقي واحد وهو للخنثى بالعصوبة لكونه اخا لاب وان
جعلته انثى كان اختا لاب وح تعول المسئلة الى ثمانية ثلثة منها للزوج
وواحد للام وواحد آخر للاخت لام وثلثة اخرى للخنثى لكونها صاحبة
نصف ومن الظاهر ان ثلثة من ثمانية اكثر من واحد من ستة فان قيل فما
فائدة التعبير باخس النصيبين دون اقل النصيبين اجيب بانه لو لم يرد
باقل النصيبين اخسهما اي اسوء حالتي الذكورة والانوثة لاشتبه الامر
فيما اذا كان بحيث يورث في احدى الحالتين ويحرم في الاخرى
كما اذا تركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب فانه اذا جعل انثى كان له
سهم من سبعة لان المسئلة تعول الى سبعة وان جعل ذكرا لم يكن له
شيء فلما اريد باقل النصيبين اخس الحالين اي اسوءهما كان الحكم شاملا لهذه
الصورة فانه يجعل ذكرا فلا يستحق شيئا فلو مات ابوه عنه اي عن الخنثى
وعن ابن فللابن سهمان وله سهم وهو نصيب الانثى مع الذكر فيقدر انثى عنده
في الميراث الا ان تبين حاله بظهور احدى علامات الذكور بلا تعارض
فح يكون ذكرا وعند الشعبي وابن ابي ليلى والثوري له وهو مذهب ابن
عباس واتفق عليه الامامان ابو يوسف ومحمد لكنهما اختلفا في تخريجه
على ما سنبينه له نصف مجموع النصيبين اي نصيب ذكر ونصيب انثى روى
محمد عن الشعبي انه سئل عن ميراث الخنثى فقال له نصف حظ الذكر ونصف
حظ الانثى بناء على المنازعة التي بينه وبين باقي الورثة فانه يقول
انا ذكر ولي نصيب الذكورة وهم يقولون انت انثى ولك نصيب الانوثة
فيدفع اليه نصف النصيبين باعتبار الحالين اذ لا يمكن ترجيح احديهما على
الاخرى فيجب ان يعمل بهما بقدر الامكان واجيب بان العمل بهما جمع بين صفتين
متضادتين وهو محال فوجب العمل بالاقل وهو قول ابي ح وهو اي نصف
النصيبين وهنا شروع الى بيان الاختلاف ابي يوسف ومحمد في تخريج قول
الشعبي ثلثة من سبعة عند ابي يوسف واربعة اخرى منها للابن في المثال

المذكور

المذكور بيانه ان ابا يوسف اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده فان الذكر
لو كان وحده كان له كل المال لانه عصبة الميت وهو منفرد والخنثى لو كان
وحده فان كان ذكرا كان له كل المال لكونه ابن الميت وان كان انثى كان
له نصف المال لان سهم البنت عند الانفراد هو النصف وهذا اي استحقاق
الخنثى عند الانفراد للكل على تقدير وللنصف على تقدير متيقن ولا ترجيح
لاحد التقديرين على الآخر فيأخذ نصف مجموع النصيبين عملا بالتقديرين
مهما امكن وهو ثلثة ارباع المال وللابن كل المال كما عرفت فيجعل كل ربع سهما
فبلغ سبعة اسهم للابن اربعة وللخنثى ثلثة وانما كان كذلك لان الابن
لما استحق الكل عند الانفراد واستحق الخنثى ثلثة ارباعه عند الانفراد فلا بد
لنا عند الاجتماع من مخرج للكل وثلثة ارباع وليس لنا الكل وثلثة ارباع
فنضرب كل واحد منها الجميع حقه بطريق العول اي بسط الى الكسر فبلغ سبعة
ارباع فيجعل كل ربع سهما اربعة للابن ثلثة للخنثى هذا بيان تخريج ابي يوسف
ثم اشار الى بيان تخريج محمد بقوله وخمسة عطف على قوله ثلثة من اثني عشر
عند محمد فان المال بينهما على اثني عشر سهما سبعة للابن وخمسة للخنثى
لانه اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة الاجتماع فقال لو كان الخنثى ذكرا
كان المال بينهما نصفين ولو كان انثى كان اثلاثا ثلثاه للابن وثلثه
للخنثى فالمسئلة على تقدير ذكورته من اثنين وعلى تقدير انوثته من
ثلثة ولا موافقة بين المسئلتين بل مباينة فنضرب احديهما في الاخرى
فبلغ ستة للخنثى على تقدير انوثته سهمان وعلى تقدير ذكورته ثلثة فله
نصف النصيبين وليس للثلاث نصف صحيح فنضرب الستة في اثنين
يبلغ اثني عشر فيكون للخنثى ستة على تقدير ذكورته واربعة على تقدير
انوثته فيأخذ نصف النصيبين وهو خمسة لان نصف الستة ثلثة
ونصف الاربعة اثنان وهو يعتبر الاحوال في كل حادثة في حق الخنثى
وفي حق غيره ايضا من الورثة حتى يأخذ كل واحد من الورثة نصف
ما يصيبه على التقديرين الاترى ان الابن يأخذ في هذه المسئلة

سبعة لان نصيب الابن على تقدير ان الخنثى ذكر ستة وعلى تقدير انه انثى
ثمانية فنصف النصيبين سبعة هذا ولو كان معها في المسئلة المذكورة
بنت فعند ابي يوسف يكون المسئلة من تسعة لان نصيب البنت النصف
حالة انفرادها ونصيب الابن الكل حالة انفراده ونصيب الخنثى ثلثة
ارباع عند انفراده كما تقدم فلا بد لنا من مخرج للانصباء الثلاث عند
الاجتماع فنجعل كل ربع سهما فبلغ تسعة اربعة للابن واثنان للبنت
وثلثة للخنثى وعند محمد للخنثى في هذه المسئلة خمس وثمن لانه على
تقدير انه ذكر له خمسان فله نصفه وهو الخمس وعلى تقدير انه انثى
كان له ربع فله نصفه وهو الثمن فمخرج الخمس من خمسة ومخرج الثمن
من ثمانية وليس بينهما موافقة فنضرب احدهما في الاخر فبلغ اربعين
ومنها تصح المسئلة فللخنثى خمسها وهي ثمانية وثمنها وهي خمسة فاجتمع له
ثلثة عشر سهما وللبنت على تقدير ذكورية الخنثى الخمس وعلى هي ثمانية وعلى
تقدير انوثته الربع وهي عشرة فيكون لها نصف النصيبين وهو تسعة
لان نصف الثمانية اربعة ونصف العشرة خمسة فمجموع النصفين تسعة
وللخنثى على تقدير ذكوريته خمسان وهي ستة عشر وعلى تقدير انوثته
ربع وهي عشرة فيكون له نصف النصيبين ثلثة عشر وللابن خمسان
على تقدير ذكورية الخنثى وهي ستة عشر ونصف على تقدير انوثته
وهي عشرون فله نصف النصيبين ثمانية عشر ولا يخفى عليك ان في
تاخير قول محمد اشارة الى اختياره وذلك لان الكل متفقون على تقليل
نصيب الخنثى وما ذهب اليه محمد اقل ما ذهب اليه ابو يوسف لسهم من
اربعة وثمانين سهما وطريق معرفته ان تضرب التسعة في المثال
المذكور في اثني عشر حيث لا موافقة بينهما بلغ المجموع اربعة وثمانين
ثم اضرب حصة من كان له شيء من التسعة في اثني عشر وحصة
الخنثى منه ثلثة فاضرب به في اثني عشر بلغ ستة وثلثين
واضرب حصة من كان له شيء من اثني عشر في التسعة وللخنثى منه

خمسة

خمسة فاضربه في سبعة يكون خمسة وثلثين فظهر ان التفاوت لسهم
من اربعة وثمانين كذا في العناية واعلم ان الفتوى في مسئلة الخنثى
على قول ابي ح وصاحباه وان خرجا قول الشعبي على الوجه المذكور لكنهما
لم ياخذا قوله كما صرح به في الزيلعي والعناية واحتج ابو ح بان الحاجة
هنا الى اثبات المال ابتداء لانه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة
والانوثة ولا شيء منها بمعلوم واثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير
مشروع فلا بد من البناء على المتيقن والاقل وهو ميراث الانثى متيقن
فاوجبناه كما اذا كان اثباته بطريق لجزافه يؤخذ بالمتيقن به دون
المشكوك الى ان يقوم الدليل على الزائد فان من قال لفلان على دراهم يحكم
بالثلثة حتى يقوم الدليل على الزائد لكون الاول متيقنا به دون الزائد
لا يقال سبب استحقاق الميراث هي القرابة وهي ثابتة في الخنثى والجهالة
وقعت في العصمة بقاء فلا يمنع الوجوب لانا نقول ليس الكلام في استحقاق
اصل الميراث وانما هو في استحقاق المقدار وسببه الذكورة او الانوثة
ولا شيء منها بمتيقن به فيما نحن فيه كذا في العناية ولو قال لسيده كل عبد
لي حر وكل امة لي حرة هكذا وقع في النسخ التي عندنا بكلمة واو الجمع وهو
خطاء والصواب انه بكلمة او التشكيكية سقطت من قلم الناسخ كما يستظهر
لك لا يعتقها ما لم يستبين حاله انه ذكر او انثى لان الحنث لا يثبت بالشك
بخلاف ما لو قال كل عبد لي حر وكل امة لي حرة بكلمة واو الجمع فانه يعتق
للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل كذا في الزيلعي ولو قال الخنثى بعد
تقرر اشكاله انا ذكر او انثى لا يقبل قوله لانه دعوى بلا دليل كذا في
الهداية والزيلعي وقال في النهاية نقلا عن الذخيرة ان قال الخنثى المشكل
انا ذكر او انثى كان القول قوله لان الانسان امين في حق نفسه والقول
قول الامين ما لم يعرف خلاف ما قال كالمعتدة اذا قالت انقضت عدتي
وانكر الزوج كان القول قولها ما لم يعرف خلافه قولها بان قالت ذلك
في مدة لا تنقضي في مثلها العدة انتهى وقبله اي قبل تقرر اشكاله يقبل

لان الانسان امين في حق نفسه مالم يعلم خلاف ما قال ومنه يعلم التوفيق
بين ما ذكره في الهداية والتبليغ وبين ما ذكره في النهاية بان يحمل ما ذكره
في الهداية على ما قبل نفقد الاشكال **مسائل شتى** كتابة الاخرس
اى الممنوع من الكلام خلقة وايماؤه اى اشارته بما متعلق بكل من الكتابة
والايماء على وجه الكتابة نوع يعرف به فيقدر به لان ما يجئ من الاخرس
ومعتقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون ذلك منه دلالة للانكار
كما اذا حرك راسه عرضا مثلا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة للاقرار
كما اذا حرك راسه طولا اذا كان ذلك معهودا منه في نعم راجع الى ما
اقراره بنحو متعلق بالاقرار تزوج وطلاق وبيع وشراء ووصية وقود
خبر كتابة قال في فتح القدير صورة النكاح بالكتاب ان يكتب اليها
يخطبها فاذا بلغ الكتاب احضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت
نفسي منه او تقول ان فلانا كتب الى يخطبني فاشهدوا انى زوجت
نفسي منه اما لو لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسي من فلان لا ينعقد
النكاح لان سماع الشطرين شرط صحة النكاح وباسماعهم الكتاب او التعبير
عنه منها قد سمعوا الشطرين بخلاف ما اذا انتفيا ومعنى الكتاب بالخطبة
ان يكتب زوجيني نفسك فاني رغبت فيك ونحوه ولو جاء الزوج بالكتاب
الى الشهود مختوما فقال هذا كتابي الى فلانة فاشهدوا على بذلك لم يجز
في قول الجح حتى يعلم الشهود ما فيه وجوزه ابو يوسف من غير شرط
اعلامهم بما فيه واصله كتاب القاضي الى القاضي قال في المصفى هذا
اذا كان بلفظ التزوج اما اذا كان بلفظ الامر كقوله زوجي نفسك
مني لا يشترط اعلامها الشهود بما في الكتاب لانها تتولى طرفي العقد
بحكم الوكالة ونقله من الكامل قال وفائدة الخلاف فيما اذا جحد الزوج الكتاب
بعدما اشهدهم عليه من غير قراءة عليه واعلامهم بما فيه وقد قرأه
المكتوب اليه الكتاب عليهم وقبل العقد بحضرتهم فشهدوا ان هذا كتابه
ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل هذه الشهادة عندهما ولا يقضي بالنكاح وعنده

يقبل

يقبل ويقضي به اما الكتاب فصحيح بلا اشهاد وهذا الاشهاد لهذا وهو ان تتمكن
المرأة من اثبات الكتاب عند جحود الزوج الكتاب كذا في الاشباه قال
محمد ان الكتاب من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر الا ان الكتاب من
الغائب مع الخطاب والحاضر يفترقان من وجه فان الحاضر اذا خطبها فلم تجبه
في مجلس الخطاب واجابته في مجلس اخر لا يصح النكاح واذا بلغها الكتاب
وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في ذلك المجلس وانما زوجت
نفسها منه في مجلس اخر بين يدي الشهود وقد سمع الشهود كلامها وما في
الكتاب ايضا يجوز النكاح واذا بلغها الكتاب فقالت زوجت نفسي
من فلان وكان ذلك بحضرة من الشهود لا ينعقد النكاح وان بلغه الخبر
واجاز عند الجح ومحمد لان سماع الشهود كلام العاقدين شرط انعقاد
النكاح فالشهود وان سمعوا كلامها لم يسمعوا كلام الزوج كذا في الخلاصة
واما وقوع الطلاق والعتاق بالكتابة ففي البزازية الكتابة من الصحيح
والاخرس على ثلثة اوجه ان كتب على وجه الرسالة مصدرا معنونا
وثبت باقراره او بالبينة فكالخطاب بعوان قال لم انو به الخطاب لم يصدق
قضاء وديانة وفي المنتقى انه يدين ولو كتب على شئ يستبين عليه
اثر الخط كالجدار والاوراق والالواح امرأته طالق او عبده حر ان
نوى صح والا فلا ولو كتب على الهوى او الماء لم يقع شئ وان نوى وان
كتب امرأته طالق فهي طالق بعث اليها او لا وان كان المكتوب اذا وصل
اليك فانت كذا فما لم يصل لم تطلق وان ندم ومحي من الكتاب ذكر
الطلاق وترك ما سواه وبعث اليها فهي طالق اذا وصل ومحوه الطلاق
كرجوعه عن التعليق وانما يقع اذا بقي ما سمي كتابة او رسالة فان لم يبق
هذا القدر لا يقع وان محي الخطوط كلها وبعث اليها البياض لا تطلق لان
ما وصل ليس بكتاب ولو جحد الزوج الكتاب واقامت البينة عليه انه
كتبه بيده فرق بينهما في القضاء انتهى واما وقوع البيع والشراء بالكتابة
ففي فتح القدير صورة الكتاب ان يكتب اما بعد فقد بعث عبدي منك بكذا

فلما بلغه وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس وما في المبسوط من تصويره بقوله
يعني بكذا فقال بعت يتم فليس مراده الا الفرق بين البيع والنكاح في شرط
الشهود وقيل بل يفرق بين الحاضر والغائب فيمنع من الحاضر استيام و
من الغائب ايجاب انتهى واما الوصية بالكتابة ففي شهادات قاضيخان
رجل كتب صك وصيته وقال للشهود اشهدوا بما فيه ولم يقرأ وصيته عليهم
قال علماؤنا لا يجوز للشهود ان يشهدوا بما فيه وقال بعضهم وسعهم ان
يشهدوا والصحيح انه لا يسعهم ان يشهدوا وانما يحل لهم ان يشهدوا باحدى
معان ثلث اما بان يقرأ الكتاب عليهم او كتب الكتاب غيره وقرأ الكتاب
عليه بين يدي الشهود فيقول هو لهم اشهدوا علي بما فيه او يكتب هو بين
يدي الشاهد والشاهد يعلم بما فيه ويقول اشهدوا علي بما فيه وان كتب
بين يدي الشهود صكا وعرف الشاهد ما كتب فيه ولم يقل هو اشهدوا علي
بما فيه لا يسعه ان يشهد عليه قال ابو علي النسفي هذا اذا لم يكن الكتاب
مكتوبا على الرسم فان كان مكتوبا على الرسم وكتب بين يدي الشهود والشاهد
يعلم ما في الكتاب وسعه ان يشهد وان لم يقل له الكاتب اشهد علي
بما فيه وانه حسن اشار اليه محمد في كتاب النكاح وهكذا روي عن ابي ح
في النوادر وتمامه في قاضيخان فليراجع وقال في الهداية اذا قرئ
على الاخرس كتاب وصيته فقيل له انشهد عليك بما في هذا الكتاب
فاومى براسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك بما يعرف انه اقرار فهو جائز
انتهى واما الاقرار بالكتابة ففي اقرار البزازية كتب كتابا فيه اقرار بين
يدي الشهود فهذا على اربعة اقسام ثم بين الاقسام الاربعة بما لا مزيد
عليه فليراجع هذا بيان الكتابة من الاخرس ومن غيره واما الاشارة
من الاخرس ففي الاشباه الاشارة من الاخرس معتبرة وقائمة مقام
العبارة في كل شيء من بيع واجارة وهبة ورهن ونكاح وطلاق وعتاق
وابراء واقرار وقصاص لا في الحدود ولو حد قذف وهذا مما خالف فيه
القصاص الحدود وفي رواية ان القصاص كالحدود هنا فلا يثبت بالاشارة

وتمامه

وتمامه في الهداية عليه اي يقتص منه ان كان عاقلا وله اي يقتص له قائله كاتبا
خبر لقوله كتابة الاخرس وفي طلاق فتح القدير ان المراد من الاشارة التي يقع بها
طلاق الاخرس الاشارة المقرونة بتصويت منه لان العادة منه ذلك فكانت
بيانا لما اجمله الاخرس وفي كلامه اشارة الى ان الاشارة من الاخرس معتبرة
وان كان قادرا على الكتابة وقيل انما تعتبر اشارته ان لم يقدر على الكتابة لان
الاشارة حجة ضرورية ولا ضرورة عند القدرة على الكتابة والصحيح هو الاول
لان كل واحد منها حجة ضرورية ففي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة
لان قصد البيان معلوم حسا وفي الاشارة زيادة اثر لم يوجد في الكتابة
لان الاصل في البيان هو الكلام والاشارة اقرب اليه ولا يحد الاخرس
لقذف ولا غيره اي لو اقر الاخرس بالاشارة او بالكتابة بما يوجب حد القذف
او حد الشرب او حد الزنا او السرقة لا يحد لان الحدود مما يندرئ بالشبهة
لكونها حقوق الله الخالصة وفي الثبوت بالاشارة او الكتابة شبهة لعدم
صريح اللفظ وكذا لا يحد من قذف الاخرس لما فيه من الشبهة ايضا ومعتقل
اللسان على صيغة اسم المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء على صيغة المفعول
اذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه من المرض او من غيره ان امتد به ذلك
اي اعتقاله حد الامتداد سنة على ما ذكره التمرتاشي وقال الحاكم ابو محمد
رواية عن ابي ح انه قال ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة
ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس
قالوا وعليه الفتوى كذا في الكفاية وعلمت اشارته فهو كالاخرس فيجوز
اقراره بالاشارة والكتابة والاشهاد عليه والا اي وان لم يمتد اعتقاله
بالمعنى المذكور فلا يكون كالاخرس بل يكون كالناطق فلا يعتبر اقراره بالاشارة
والكتابة بل يعتبر بالعبارة واعلم ان اشارة غير الاخرس ومعتقل اللسان
الذي دام اعتقاله غير معتبرة الا في الكفر والاسلام والنسب والافتاء
ورواية الحديث واما ان الكافر والطلاق اذا كان تفسيرا للمبهم كما لو قال انت
طالق هكذا واشار بثلاث وقعت بخلاف ما اذا قال انت طالق واشار بثلاث

لم يقع الا واحدة كذا في الاشباه والكتابة من الغائب ليست بحجة عند عامة العلماء
لانها قد يكون للتجربة لا للاقرار وقال بعضهم انها حجة كما في اقرار البزازية اذا
كتب للغائب على وجه الرسالة اما بعد فلك على كذا يكون اقرارا لان الكتاب من
الغائب كالخطاب من الحاضر ويكون متكلما والعامة على خلافه لان الكتابة قد
يكون للتجربة وفي حق الاخرس يشترط ان يكون معنونا مصدرا وان لم يكن الى
الغائب وتمامه فيها وقال في الهداية اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب
ممن دنى الا ترى ان النبي عم ادى واجب التبليغ بالعبارة وتارة بالكتابة
الى الغيب والمجوز في حق الغائب هو العجز وهو في الاخرس اظهر والزم انتهى
فعلم منه ان الكتابة تكون حجة من الغائب ولعله اشار اليه بقوله وقالوا اي
بعض العلماء الكتابة اما مستبين اي ظاهر الاثر على الورق مرسوم اي منسوب اي
مصدر بالعنوان وهو ان يكتب في صدره من فلان الى فلان على ما جرت
به العادة وهو اي هذا القسم من الكتابة كالنطق في الحاضر والغائب فتكون
حجة واما مستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وورق الشجر او الكاغد
وينوي فيه اي يطلب منه النية ان كان نوى يعتبر والا فلا قال في الزيلعي
الكتابة على هذا الوجه لا يكون حجة الا بانضمام شيء اخر اليه كالنية والاشهاد
عليه والاملاء على الغير حتى يكتبه لان الكتابة قد يكون للتجربة وقد يكون
للتحقيق وبهذه الاشياء تتعين الجهة وقيل الاملاء من غير اشهاد لا يكون حجة
والاول اظهر انتهى واما غير مستبين كالكتابة على الهواء او الماء لا عبرة به وان نوى
واذا اختلطت الذكية اي المذبوحة بميتة كانت اقل منها اي من المذبوحة تحرى
واكل لان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان
اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمغصوب ومع ذلك يباح الانتفاع اعتمادا على
الغالب وهذا لان القليل لا يمكن التحرز عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل
النجاسة في البدن او الثوب والا اي وان لم يكن الميتة اقل من الذكية بل اكثر
منها او مساويا لها فلا تؤكل حالة الاختيار لانه لا ضرورة اليه فيمكنه الاحتراز
حالة الاختيار ويتحرى عند الاضطرار فيأكل ما يقع تحريه انه طاهر فان قيل

ما الفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان احدهما نجس
والاخر طاهر ولا يتميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في
الذي يقع تحريه انه طاهر فيجوز التحري هنا فيما اذا كان النجس والطاهر
نصفين وفي الذكية والميتة لم يجز اجيب بان الفرق ان حكم الثياب اخف
من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له ان يصلي في بعضها
ثم لا يعيد صلوته لانه مضطر الى الصلوة فيها بخلاف ما نحن فيه اذا احرق
راس الشاة الملطخ بدم وزال دمه فاتخذ منه مرقة جاز اكله والحرق كالغسل
بالماء لان النار اما مزيلة لما فيها من النجاسة باكلها حتى لا يبقى شيء منها
او محيلة فيصير الدم رمادا فيطهر بالاستحالة وكل من الازالة والاستحالة
مطهر كالغسل ولهذا لو احرقت العذرة وصارت رمادا تصير طاهرا بالاستحالة
والخمر اذا تخلل يصير طاهرا بالاستحالة والخنزير اذا وقع في المملحة وصار
ملحا كان طاهرا والتنور اذا تنجس يطهر بالنار حتى لا يكون الخبز نجسا
ولو جعل السلطان الخراج لرب الارض جاز عند ابي يوسف وعليه الفتوى
وقال ابو حنيفة ومحمد لا يجوز لانه في جماعة المسلمين ولابي يوسف ان صاحب
الخراج له حق في الخراج فيجوز تركه له ويكون ذلك صلة من الامام بخلاف
العشر فانه لا يجوز تركه لرب الارض بالاتفاق لان العشر حق الفقراء
كما على الخلوص كالزكوة فلا يجوز تركه عليه ولو دفع السلطان الاراضي المملكة
المحقوم ليعطوا الخراج جاز قال في البزازية تفسيرا راضي المملكة اما ان يكون
اراضي لا مالك لها فيعطيها الامام لرجل ليقوم عليها كالمالك ويعطي الخراج
والثاني ان المالك اذا عجز عن اداء الخراج يعطيها الامام لرجل ويقوم مقام
المالك في اعطاء الخراج والزراعة ولا يملك هو اي هذا الرجل البيع لان
الامام ما ملكها وانما اقام مقام المالك في امر خاص لكن يأخذ الخراج من
نصيب الرقبة وكذا الامام يؤاجرها ويأخذ الخراج من الاجرة ولو باع
واعطى الثمن للمالك واخذ الخراج من المشتري جاز وقيل جواز البيع قولهما وقيل
قول الكل انتهى وقال في قاضيخان اذا عجز صاحب الارض ولم يجد ما ينفق

في عمارتها يدفعها الامام الى غيره مزارعة بالنصف او الثلث او الربع ويكون الغلة
لصاحب الارض يؤدى عنها الخراج ويمسك ما بقى وان لم يجد الامام من يأخذها
مزارعة يواجرها الامام فيكون الاجر لصاحب الارض يؤدى عنه الخراج وان
لم يجد من يستاجرها يبيعها فيكون الثمن لصاحب الارض يؤدى عنه ويمسك
الفضل وان لم يجد من يشترى يدفع اليه من بيت المال مقدار ما ينفق في
عمارة الارض قرضا لان الامام مامور بتثمير مال بيت المال باى وجه تهيا له
قالوا هذا قول ابي يوسف ومحمد اما على قول ح لا يبيع ولا يواجر لان ذلك
حجر عليه وعنده الحجر على الحر العاقل البالغ باطل وكذا قرية فيها اراضى مات اربابها
او غابوا عنها وعجز اهل القرية على خراجها فارادوا التسليم الى السلطان فان
السلطان يفعل ما قلنا انتهى ولا يخفى عليك ما بينهما من المخالفة حيث قال في
البزازية في صورة البيع ان السلطان ياخذ الخراج من المشترى وقال في
قاضيخان في تلك الصورة ان صاحب الارض يؤدى الخراج من ثمنها ويمسك
فضله ويمكن التوفيق بينهما بحمل مراد البزازية على الخراج الآتية في السنة
المستقبلة وبحمل مراد قاضيخان على الخراج الباقية في ذمة المالك للسنين الماضية
ويدل على هذا التوفيق ما ذكره الزيلعي فانه قال اذا باعها الامام ياخذ الخراج
للسنين الماضية من الثمن ان كان عليهم خراج ويرد الفضل الى اصحابها انتهى
انتهى وانما جاز بيع الامام عند عدم وجدان من يستاجرها لانه لو لم يبعها لفات
حق المقاتلة في الخراج اصلا ولو باعها يفوت حق المالك في العين فقط
لان في الثمن والفوات الى خلف كلا فوات فيتبع تحقيقا للنظر من الجانبين وليس له
ان يملكها بغير عوض واطلق المص الدفع ليشمل الوجوه المذكورة كلها و
تفصيل الاراضى سبق في باب العشر والخراج ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين
عن اى يوم بان قال نويت قضاء صوم على من رمضان هذا صح بنيته سواء كان
عليه صوم يوم او يومين او اكثر ويقع عن صوم يوم لان تعيين اليوم في
النية ليس بشرط في الجنس الواحد وصوم رمضان واحد جنس واحد وهو
شهود الشهر وكذا لو كان عليه صوم يوم بعينه وصام بنية يوم اخر صح نيته

ووقع

ووقع عن صوم ذلك اليوم ولا يضره الخطاء في التعيين ولو نوى عن رمضانين
فلا يصح في الاصح لاختلاف السبب لان كل رمضان سبب على حدة فلا يقع عن
واحد منهما وكذا لو كان عليه قضاء صوم هذه السنة ونوى عن صوم
سنة اخرى لا يصح لاختلاف السبب وقيل يصح عن رمضانين ايضا وكذا في
قضاء الصلوة لو نوى ظهرا عليه مثلا اى لا يصح بلا تعيين ظهر يوم لان الصلوة
كلها من قبيل مختلف الاسباب حتى الظهر من يومين والعصر من يومين ولم ينو
اول ظهر او اخر ظهر او ظهر يوم كذا ولو نوى اول ظهر او اخر ظهر صح لان الصلوة
كما تتعين بتعيين اليوم كذلك الوقت يتعين بكونه اولا او اخرا وقيل يصح فيهما
اى في صورة النية عن رمضانين وفي قضاء الصلوة ولو ابتلع الصائم
بزاق غيره فان كان حبيبه لزمه الكفارة لان طبعه لا يكره بزاق حبيبه فيكون
كالثريد والخبز في ميل الطبع اليه والا اى وان لم يكن بزاق حبيبه فلا كفارة
عليه بل عليه القضاء لدخوله في بطنه ولا كفارة لتنفر طبعه عنه وقيل
بعض الحاج عذر في ترك الحج لعدم امن الطريق وهو معتبر في الاستطاعة
ومن قال لامراة عند شاهدين تو اى انت اداة خطاب زن من تركيب
اضافي شدى اى كن امراتى فقالت المراة شدم اى كنت امراتك لا ينعقد النكاح
بينهما ما لم يقل الرجل قبول كردم لانه لم يوجد القبول من الرجل ولو قال خويشتن را
زن من كردانيدى هذا طلب التزوج فقالت كردانيدم هذا ايجاب من
المراة فقال پذيرفتم هذا قبول من الرجل ينعقد النكاح لوجود الايجاب والقبول
من الطرفين ولو قال الرجل دختر خويشتن را اى بنتك بپسر من اى لابنى
ارزانى بمعنى اللايق داشتى فقال الرجل داشتم لا ينعقد لان بهذا اللفظ
لا يوجد القبول ما لم يقل پذيرفتم ولو منعت المراة زوجها من الدخول عليها
وهو يسكن معها في بيتها كانت ناشزة فلا يجب عليه نفقتها للنشوز ولو
سكن الزوج في بيت الغصب اى المغصوب فامتنعت منه فلا تكون ناشزة لان
السكنى فيه حرام فتكون هي محقة ولهذا وجب اعادة الصلوة التى صليت فيه
ولو قالت لا اسكن مع امتك واريد بيتا على حدة فليس لها ذلك لانه لا بد له

مما يخدم فلا يمكن المنع من ذلك فتكون هي متمرة في المنع عن ذلك ولو قالت مرا طلاق ده
اي طلقني فقال الزوج داده كرا وكرده كيرا وداده با وكرده باد ان نوى الطلاق
يقع والا فلا لان هذه الالفاظ من كنايات الطلاق فلا يقع بدون النية ولو قال
داده است او كرده است يقع وان لم ينو لانه للطلاق فلا تحتاج الى النية ولو قال
داده انكار لا يقع وان نوى لانه وعد محض ولو قال دي مرا نشايد تا قيامت
او همه عمر لا يقع الا بالنية لانه من جملة كنايات الطلاق ولو قال لها حيلة زنان
كن فهو اقرار بالطلاق الثلث ولو قال حيلة خويشتن كن فلا ولو قالت له كابين
انجشيدم مرا خنك باز دار فان طلقها سقط المهر والا فلا ولو قال لعبده يا مالكي
او لامته انا عبدك لا يعتق لانه ليس من صريح العتق ولا من كناياته فيكون كذبا
بخلاف ما لو قال يا مولاي فانه يعتق لان الحقيقة ينبئ عن ثبوت الولاء على العبد
وذلك بالعتق فيعتق لانه يمكن اثباته من جهته بخلاف يا مالكي وانا عبدك لان
حقيقته تنبئ عن ثبوت الملك للعبد على المولى وذلك لا يمكن اثباته من جهة المولى
لا مقصودا لعدم قدرته عليه ولا مقتضى لان من شرطه ان يثبت المقتضى فيثبت
في ضمنه المقتضى وثبوت المقتضى وهو الملك متعذر لما ذكرنا فلا يثبت المقتضى
بدونه ولو دعي الى فعل فقال برمن سوكند است كه اين كار نكنم اي لم افعل
فهو اقرار باليمين بالله تعالى وان قال برمن سوكند است بطلاق فهو اقرار بالحلف
بالطلاق فان قال قلت ذلك كذبا لا يصدق لان ظاهر اللفظ يكذبه وكذا
لو قال مرا سوكند خانه است كه اين كار نكنم ولو قال المشتري للبايع بعد
البيع بها بازده فقال البايع بدهم يكون فسخا للبيع لان قول المشتري يتضمن فسخ
البيع وقول البايع يتضمن القبول العقار وهو في عرف الفقهاء اسم للعرصة المبنية
كما ذكره في اخر الفصل الثاني من العمادية وفرق بينه وبين الضيعة حيث
قال ان العقار اسم للعرصة المبنية والضيعة اسم للعرصة لا غير ويدل
على هذا الفرق مسئلة هي ادعى العقار ميراثا عن ابيه فشهد احد الشاهدين
ان هذا العقار ملكه وشهد الاخر ان هذه الضيعة ملكه لا تقبل هكذا ذكره
ثم قال وقيل تقبل هذه الشهادة لانه يجوز اطلاق اسم الضيعة على العقار

وقال

وقال القهستاني في النفقات العقار في عرف الشرع اسم للعرصة المملوكة
مبنية او لا كالضيعة المنازع عنه لا يخرج من يد ذي اليد ما لم يبرهن المدعي
اي اذا ادعى عقارا لا يكتفي بذكر المدعي انه في يد المدعى عليه وتصديق
المدعى عليه في ذلك بل لا بد من اقامة البينة انه في يد المدعى عليه حتى
يصح دعواه او علم القاضي في الصحيح لان يد المدعى عليه لا بد منه لتصح
الدعوى عليه اذ هو شرطها ويحتمل ان يكون في يد غيره فبا قامة البينة
ينتفي تهمة المواضعة فامكن القضاء عليه باخراجه من يده بخلاف المنقول
لان اليد فيه مشاهدة فينتفي تهمة المواضعة فلا يحتاج الى اثباتها بالبينة
ولهذا قيد بالعقار قال في العمادية نقلا عن دعوى الصغرى اذا ادعى
المنقول فاقر المدعى عليه انه في يده يقبل اقراره وفي العقار لا يقبل
حتى يقيم البينة فان انكر اليد ولم يكن للمدعي بينة يحلفه قال فيه ايضا اذا قال
المدعى عليه هذه الضيعة ليست في يدي فان للمدعي ان يحلفه حتى
يقر فان اقر باليد حلف انها ليست بملكه حتى تقر بالملك للمدعي فاذا اقر
يامره بترك التعرض لكن اذا اراد المدعي اقامة البينة لا بد ان يثبت
اليد بالبينة وقال صاحب المحيط في فصل دعوى العقار انما يشترط
شهادة الشهود انها في يد المدعى عليه ليتوجه الحكم واستماع البينة اما
لو انكر من الابتداء ان يكون في يده يحلف على ذلك ولا يصح قضاء القاضي
في عقار ليس في ولايته قال في الخلاصة والبزازية الصحيح ان
ولاية القاضي في المحدود يصح وان لم يكن المحدود في ولايته والمسئلة
منصوصة في ادب القاضي للخصاف ويقضي القاضي ويكتب الى القاضي
الذي هو في ولايته ان يسلمه اليه انتهى وقالا فيه ايضا ان اختصم
غريبان من اهل ولاية اخرى عند قاضي اهل هذه البلدة يصح قضاؤه
ويكون ذلك بمنزلة التحكيم منهما لهذا القاضي حتى لو كان الدعوى في دين
او عين منقول حاضر يصح قضاؤه بينهما لان ولايته ثابتة على الدين
والعين الحاضر وهل العبرة لقاضي المدعي او لقاضي المدعى عليه في الخلاصة

وفي البزازية العبرة لقاضي المدعي عند ابي يوسف ولقاضي المدعى عليه عند محمد
وعليه الفتوى فلو كان قاضيان في مصر واحد كل واحد منهما في نصف
المصر ولرجل من محلة هذا القاضي على رجل من محلة قاض اخر دعوى
عند ابي يوسف يعتبر حال المدعي وعند محمد يعتبر حال المدعى عليه وهل المصر
شرط في القضاء او لا ففي الزيلعي انه ليس بشرط عند ابي يوسف
واليه اشار محمد ايضا ووجه من اشترط ان القضاء من اعلام الدين
فيكون المصر شرطا فيه كالجمعة والعيدين واذا قضى القاضي في حادثة
اي في دعوى حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائي او بدا لي غير
ذلك القضاء بان يتحول رأيه واجتهاده او وقفت في تلبيس الشهود
او ابطلت حكمي ونحو ذلك لا يعتبر والقضاء ماض ان كان بعد دعوى
صحيحة بان وجد الشروط المعتبرة في دعوى الدين والعين في
العقار كما ذكر في باب الدعوى وشهادة مستقيمة وذلك لان رايه
الاول قد ترجح بالامضاء فلا ينقض باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع عنه
ولا ابطاله لانه تعلق به حق الغير وهو المدعي الا ترى ان الشاهد لما اتصل
بشهادته القضاء لا يصح رجوعه ولا يملك ابطاله لما ذكرنا فكذا القاضي
لكنه يقضي في المستقبل باجتهاده الثاني ولو قضى باجتهاده ثم تبين
نص بخلافه فانه يبطل قضاؤه لان الراي دون النص قال في الخلاصة
اذا قضى القاضي في حادثة ثم ظهر له راي بخلافه قال محمد ينقض قضاؤه
وقال ابو يوسف لا ينقض القاضي اذا بدا له ان يرجع عن القضاء ان
كان الذي قضى خطاء لاختلاف فيه اذ يرده وان كان مختلفا فيه امضاه
وفي المستقبل يقضي بالذي يرى انه افضل فان ظهر له نص بخلاف قضائه
ينقض قضاؤه انتهى ثم قال فيه ايضا ان كان الدعوى في حقوق
العباد كالقصاص والطلاق والنكاح والعتق ان ظهر ان الشهود عبيد
او محدودون في قذف ان قال القاضي تعمدت يضمن والضمان في
ماله ويعزر للجناية وان كان خطاء يضمن المقضي له الدية وفي الطلاق

ترد المرأة الى زوجها وفي العتق يرد العبد الى مولاه وفي حقوق الله تعالى
كحد الزنا والشرب والسرقة اذا ظهر ان الشهود عبيد وقال تعمدت فهو
ضامن الدية وان كان خطاء فضمانه في بيت المال وهذا اذا ظهر الخطاء
بالبينة اما اذا اقر القاضي بذلك لا يصدق ولا يبطل القضاء كالشهود
اذا رجعوا انتهى وهكذا ذكره في البزازية وقال وهذا اذا ظهر الخطاء
بالبينة او باقرار المقضي له ومن له على الاخر حق جاء في المصباح جبأت
الشيء خبأ مهموز من باب نفع سترته وترك الهمزة تخفيفا لكثرة الاستعمال
وربما همزت على الاصل قوما ثم سأله عنه اي عن الحق فاقر به اي اقر الاخر
بالحق وهم اي القوم المستورون يرونه اي الاخر ويسمعونه اي يسمعون
اقراره وهو اي الاخر لا يراهم صح شهادتهم عليه لان الاقرار موجب
بنفسه وقد علموه يقينا وهو الركن في اداء الشهادة وان سمعوا كلامه
ولم يروه فلا تصح شهادتهم عليه لان الصوت تشبه الصوت فيحتمل ان
يكون المقر غيره فلا يجوز الشهادة مع الاحتمال الا اذا كانوا دخلوا البيت
وعلموا انه ليس فيه غيره ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره
ثم دخل رجل فسمعوا اقرار الرجل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم حصل
لهم في هذه الصورة فجاز لهم ان يشهدوا عليه ولو باع عقارا وبعض
اقارب البائع حاضر يعلم البيع وسكت لا يسمع دعواه بعده اطلق الاقارب
فيشمل السببية والنسبية فيشمل الزوج والزوجة ايضا وانما قيد بالاقارب
لانهم فرقوا في هذه المسئلة بين الاقارب والاجنبي ففي لسان الحكام كتاب الدعوى
من البزازية اذا باع عقارا وامرأته او ولده حاضر ساكت ثم ادعاه لنفسه
قال صاحب المنظومة اتفق اساتذتنا على انه لا يسمع دعواه ويجعل سكوته
رضا بالبيع قطعا للتزوير والاطماع والحيل والتلبيس وجعل الحضور وترك المنازعة
اقرارا بانه ملك البائع وقال الامام ظهير الدين فتوى ائمة بخارى على ان سكوته لا يكون
تسليما له وله المطالبة والدعوى كما اذا كان الحاضر الساكت غير الولد والزوجة
والقريب لان سكوت الناطق لا يكون اقرارا وائمة خوارزم على راي ائمة سمرقند

وفي الفتاوى يتامل المفتي في ذلك ان راى المدعي الساكت ذا حيلة افتى بعدم السماع
لكن الغالب على اهل الزمان الفساد فلا يفتى بما اختاره اهل خوارزم انتهى كلام البزازية
وهكذا ذكر قاضيخان قبيل باب الربوا وقال في الزيلعي لا فرق في ذلك بين الاقارب
والاجنبي في كون سكوت الحاضر اقرارا واستدل على ذلك بمسئلة نقلها عن كفاية
النهاية وذكرت في شرح الاشباه انه استدلال فاسد لانه من قبيل القياس مع
الفارق فليراجع ولو وهبت امرأة مهرها من زوجها ثم ماتت فطلب اقاربها المهر
وقالوا كانت الهبة في مرض موتها وقال الزوج بل في صحتها فالقول له اي للزوج و
القياس ان يكون القول للورثة لان الهبة حادثة والاصل في الحوادث ان تضاف
الى اقرب الاوقات وجه الاستحسان انهم اتفقوا في سقوط المهر عن الزوج
والوارث يدعي العود اليه والزوج ينكر العود والقول قول المنكر مع يمينه والبينة
المدعي ولو اقر بحق ثم قال كنت كاذبا فيما اقررت حلف المقر له ان المقر لم يكن كاذبا فيما اقر
ولست انت بمبطل فيما تدعي عليه عند ابي يوسف وبه يفتى فان قيل كيف يدعي المقر
كذبه وكيف يحلف المقر على عدم كذبه مع ان سبب الملك تحقق منه وهو الاقرار فاجاب
عنه بقوله والاقرار ليس سببا للملك وهذا استحسان وبه اخذ ابو يوسف ووجهه ان
العادة جرت بين الناس انهم يكتبون الصك اذا ارادوا الاستدانة قبل الاخذ ثم
ياخذون المال فلا يكون الاقرار تمليكا وسببا للملك وعليه الفتوى لتغير احوال
الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعي لا يتضرر باليمين ان
كان صادقا فيصار اليه وقال ابو حنيفة ومحمد يؤمر بتسليم المقر به الى المقر له وهو القياس
لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين كالبينة واعلم انهم اختلفوا
في ان الاقرار هل هو تمليك او اخبار وقد مر بيانه في الاقرار فليراجع ولو قال لآخر
وكلتك ببيع هذا فسكت صار وكيلا لان سكوته قبول عادة وقد ذكرنا في هذا الشرح
وفي شرح الاشباه ان السكوت في مواضع كثيرة قبول واقرار ومن وكل امرأته
بطلاق نفسها لا يملك عزلها لانه يمين من جهته لما فيه من معنى التعليق وهو تعليق
بفعلها فلا يصح الرجوع في اليمين وهو تمليك من جهتها لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره
وهي عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة بخلاف الاجنبي ولو قال لآخر وكلتك بكذا على

الى

اني متى عزلتك فانت وكيلي فطريق عزله ان يقول عزلتك ثم يقول عزلتك لانه لما قال عزلتك
ينعزل عن الوكالة المنجزة وتنجزت المعلقة بالعزل فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل الثاني
انعزل عن الوكالة الثانية والاصل في هذا ان الوكالة مما يقبل التعليق بالشرط اي شرط
كان فيجوز تعليقها بالعزل فاذا عزله انعقدت المعلقة بالعزل فتصير منجزة فاذا عزله انتهت
الوكالة ولو قال كلما عزلتك فانت وكيلي فطريق عزله ان يقول رجعت عن الوكالة المعلقة
وعزلتك عن المنجزة واعلم ان هذه الوكالة سماها الفقهاء وكالة معلقة اختلف فيها
نصر بن يحيى ومحمد بن سلمة فقال نصر يجوز هذه الوكالة بهذا الشرط وقال محمد لا يجوز
لان الوكالة شرعت غير لازمة فلو جاز التوكيل بهذا الشرط لا يتمكن من اخراجه عن الوكالة
فتصير لازمة وهو قلب الموضوع ووفق الفقيه ابو جعفر بينهما وقال تفسير هذا الكلام
على قول محمد اني كلما اخرجتك عن الوكالة فانت وكيلي بهذه الوكالة ولو صرح بذلك كان
باطلا لان الوكالة شرعت على وجه يرد عليها العزل وهو قصد بهذا ان لا يرد العزل على
الوكالة فيكون باطلا وتفسيره على قول نصر انه متى اخرجه عن هذه الوكالة يصير وكيلا
بوكالة مستقبلة تعلق لزومها ببطلان الوكالة الاولى ولو صرح بذلك كان جائزا ولا يكون
مخالفا حكم الشرع ثم اذا ثبت الاختلاف بينهما في هذه المسئلة فمن اراد تصحيح هذه الوكالة
عند الكل ينبغي ان يقول كلما اخرجتك عن هذه الوكالة قال بعضهم يقول الموكل رجعت
عن قولي متى اخرجتك عن الوكالة فانت وكيلي فيصح رجوعه ثم يقول بعد ذلك اخرجتك
عن هذه الوكالة لان الوكالة المعلقة تبطل بالرجوع فاذا عزله عن الوكالة المنجزة
لا يصير وكيلا وانما يذكر رجعت عن الوكالة احترازا عن قول ابي يوسف فان عنده العزل
عن الوكالة المعلقة قبل وجود الشرط وبه اخذ نصير بن يحيى والفتوى على قول محمد
وقال بعضهم طريق الاخراج عن هذه الوكالة ان يقول عزلتك كما وكلتك وقال شمس
الائمة السرخسي الاصح عندي ان يقول عزلتك عن الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق
والمنجز هذه الجملة في فتاوى قاضيخان ومنه ظهر ان المصنف اختار قول ابي يوسف في طريق
العزل فانه اختار لفظ رجعت وقبض بدل الصلح قبل التفرق شرط ان كان الصلح
دينا بدين وذلك بان وقع الصلح على غير ما يستحقه الداين بعقد المداينة بان صالح على
دراهم عن دنانير في الذمة لان الصلح متى وقع على ما يستحقه الداين بعقد المداينة

يحمل على المعاوضة واذا حمل على المعاوضة يكون صرفا او بيعا وفيها لا يجوز الافتراق قبل
قبض البدل لما فيه من الافتراق عن الدين بالدين وذلك منهي عنه لان النبي عم نهى عن
الكالي بالكالي ولذا قال في قاضيخان رجل ادعى على رجل الف درهم فانكر فاصطلحا
على عشرة دنانير وافترقا قبل القبض بطل لان الصلح على غير جنس الحق لا يكون الا بيعا وله
والصرف يبطل بالافتراق من غير قبض ولو كان له على رجل الف درهم جيادا فاصطلحا
على عشرة دنانير وافترقا قبل القبض بطل ولو صالح من الجياد على البنهرجة جاز ولا يكون
صرفا بل يكون اسقاطا بصفة الجودة والا اي وان لم يكن الصلح دينا بدين فلا يشترط
قبض بدل الصلح وذلك اما بان وقع الصلح على بعض جنس ما يستحقه الداين بعقد
المداينة لان الصلح عما يستحق الداين بعقد المداينة على بعض جنسه اخذ لبعض حقه
واسقاط لباقيه لا معاوضة لان حمله على المعاوضة يفضي الى الربوا فلا يحمل عليها فلو
صالح عن الف دين على بعضه او على الف مؤجل جاز لانه يجعل مستوفيا لبعض حقه
ومسقطا لبعضه في الاولى وفي الثانية يجعل كانه اجل نفس الحق تحريا للجواز
ولو حمل على المعاوضة لفسد لان بيع الدراهم بالدراهم لا يجوز الا مثلا بمثل يدا بيد
فلو يصار اليه وكذا لو صالح عن الالف على خمسمائة مؤجلة جاز وكانه ابراه عن النصف
واخر النصف واما بان وقع الصلح على غير معين كما اذا وقع على شعير بعينه عن حنطة في
الذمة مثلا فانه لا يبقى دينا في الذمة فجاز الافتراق عنه قبل القبض وان كان مال الربوا
ومن ادعى على صبي دارا فصالحه ابوه على مال الصبي فان كان له اي للمدعي بينة جاز الصلح
ان كان بمثل القيمة بان يساوي قيمة الدار بدل الصلح او اكثر اي او كان البدل اكثر
مما يتغابن فيه اي بقدر ما يتغابن فيه عادة كلم من بيان للاكثر وهذا لان في
هذا الصلح منفعة للصبي بسلامة عين الدار له فيجوز وان لم يكن للمدعي بينة او كانت بينة
غير عادلة لا يجوز لان الاب صار في هذا الصلح متبرعا بمال الصبي لان المدعي
لم يستحق شيئا من مال الصبي عند عدم الصلح لعدم بينة او لعدم عدالة بينة فلا يجوز
بخلاف الصورة الاولى لان المدعي فيها استحق عين الدار بالبينة العادلة لولا الصلح
فلا يكون الاب متبرعا بمال الصبي بالصلح بل مشتريا له فيجوز ولو كان الاب هو
المدعي للصغير ولا بينة له يجوز لانه لم يثبت للصغير فيما ادعاه الاب له ملك

ولا

834

ولا التمكن من الاخذ لعدم البينة فكان بالصلح محصلا له مالا من غير ان يخرج شيء
من مال الصبي فكان نفعا محضا وان كان للاب بينة عادلة لا يجوز الا بالمثل
او باقل قدر ما يتغابن الناس فيه ووصي الاب في هذا مثل الاب كذا في الزيلعي
ومن قال لا بينة لي ثم برهن صح برهانه لامكان التوفيق بينهما بان كانت له بينة فنسيها
ثم ذكرها بعد ذلك او كان لا يعلمها ثم علمها وعن الحج انها لا تقبل لانه اكذب
بينة وكذا لو قال لا شهادة لي في هذه القضية ثم شهد اي تقبل شهادته لامكان
التوفيق بينهما لانه يقول نسيت ثم تذكرت وكذا تقبل لو قال المدعي ليس لي عند فلان
شهادة ثم جاء به فشهد له لامكان التوفيق ايضا لانه يقول نسيت او لا يعلمها ثم
علمها وكذا لو قال لا اعلم حقا على فلان ثم اقام البينة ان له عليه حقا تقبل لامكان
الخفاء عليه فامكن التوفيق بخلاف ما اذا قال ليس لي عليه حق ثم ادعى عليه حقا
حيث لا تسمع دعواه لان المناقضة بين الاقرار والدعوى ثابتة فلا يمكن التوفيق
بينهما ونفي الحجة في هذا كنفي الشهادة لا كنفي الحق حتى لو قال لا حجة لي على فلان
ثم اتى بحجة تقبل لامكان التوفيق ولو قال هذه الدار او هذا العبد ليس لي ثم اقام
بينة ان الدار او العبد له تقبل بينته لانه لم يثبت بهذا الاقرار حقا لغيره وكل اقرار
لم يثبت به حق للغير كان لغوا وللامام الذي ولاه الخليفة ان يعطي انسانا من
طريق الجادة ان لم يضر بالمارة لان للامام ولاية التصرف في حق العامة
فيما فيه نظر للعامة فاذا راى في ذلك مصلحة لهم كان له ان يفعله لان تصرف
الامام دائر على المصلحة وله فروع ومباحث في الاشباه بيناه في شرحه
ومن صادره السلطان ولم يعين في مصادرته بيع ماله فباع ماله نفذ البيع
لان الاكراه لم يقع على بيع ماله فيكون بيعه اختيارا غاية الامر انه صار محتاجا
الى بيعه لايفاء ما طلب منه السلطان وذلك ليس بكره عليه كما لو باع المجوس
ماله لدينه فانه لا يكون كرها ولو خوف امراته بالضرب حتى وهبت مهرها منه
لا تصح الهبة ان قدر الزوج على الضرب الذي هددها به لان بالقدرة على ايقاع
ما هددها به من الضرب يتحقق الكره فتفسد الهبة وان اكرهها على الخلع ففعلت
ففعلت يقع الطلاق لان طلاق المكره واقع كما تقدم في بابه ولا يجب المال لعدم الرضا

وهو شرط في وجوب المال ولو احالت المرأة انسانا بالمهر الكائن على الزوج متعلق
بكل من احالت والكائن على طريق التنازع صورة المسئلة امرأة احالت دائنها على
زوجها بمهرها الكائن على الزوج او وهبت مهرها الذي على الزوج انسانا من
اقربائها او اجنبيا فسلطت الموهوب له على الزوج بقبضه ثم وهبته اي المهر
من الزوج لا تصح الهبة للزوج لتعلق حق المحتال وهذا حيلة في عدم سقوط
المهر عن الزوج بالهبة منه ولنا في هذه المسئلة بحث لطيف ذكرناه في شرح
كتاب الهبة من الاشباه فليراجع ومن اتخذ بئرا او بالوعة في المصباح البالوعة
ثقب ينزل فيه الماء في داره فنز منها حائط دار جاره وطلب تحويله لا يجبر
عليه لانه تصرف في ملكه وهو غير متعد فيه وان سقط الحائط منه
لا يضمنه لما ذكرناه ومن عمر دار زوجته في المصباح عمرت الدار من باب قتل
عمارتها والاسم العمارة بالكسر بمالها باذنها اي اذن الزوجة فالعمارة اي البناء
لها اي للزوجة اي ملك لها والنفقة اي الذي صرفه في العمارة من الدراهم دين
له اي للزوج عليها على الزوجة لانها بالاذن بالعمارة التزمت النفقة له عليها
واذا لزمت النفقة له عليها يكون البناء ملكا لها لئلا يجتمع البدل والمبدل منه في
ملك شخص واحد وان عمرها بلا اذنها فالعمارة لها اي للزوجة وهو اي الزوج
متبرع في النفقة لعدم اذن الزوجة هذا ان عمرها للزوجة او سكت ولم ينو
شيئا لنفسه او للزوجة بقرينة قوله وان عمر لنفسه بلا اذنها فالعمارة له اي
للزوج ذكر هذا التفصيل في العمارة في البزازية ايضا حيث قال اقر بدار لامرأته
في صحته وهي خراب وعمرها بملكه ثم مات عن هذه الدار وابن له فادعى
الابن ان العمارة بناها وهي انها لها وعمارتها ان كان عمرها باذنها فالعمارة لها
والنفقة دين عليها فتغرم حصة الابن من النفقة وان عمرها بغير اذنها
لنفسه فالعمارة ميراث ولها ان تغرم قيمة نصيب الابن من العمارة وسلمت
العمارة لها ولو عمرها لها بلا اذنها فلها العمارة ولا شيء عليها من النفقة وهو
متطوع فيه وكذا عمارة كرم زوجته وسائر املاكها وذكر العتابي عمر دار امرأته
باذنها فالعمارة لها والا فهي تركته انتهى كلام البزازية ذكره في كتاب الهبة

في

في نوع احكام العمارة وذكر في حيطان الخلاصة رجل بنى السقف الاعلى في
منزل امرأته ثم اراد رفعه ان بناها بامرها ليس له الرفع والبناء لها والنفقة
دين عليها وكذا كل من بنى في دار غيره بامره يكون البناء له وان بنى بغير امرها
له ان يرفع الا ان يضر بها فح يمنع عن الرفع وهذا على وفق ما ذكره العتابي
حيث لم يثلث المسئلة كما ثلثه المص والبزازية اولا ثم قال في الخلاصة نقلا
عن كتاب الوصايا للفضلي ان بنى لها يكون العمارة لها وهذا اشارة منه الى
التثليث ومن اخذ غريما له اي مديونه فنزعه انسان من يده فلا ضمان على النازع
لان ضياع حقه لم يحصل بفعل النازع وهو نزعه بل انما حصل بفعل فاعل مختار
وهو هرب الغريم فصار النزع سببا بعيدا والهرب سببا قريبا والاصل اضافة
الحكم الى السبب القريب دون البعيد كما اذا حل قيد العبد فابق العبد فان الحال
لا يضمن لان التلف يضاف الى اباق العبد لانه سبب قريب لا الى حل الرجل لانه
سبب بعيد وكدلالة السارق على مال الغير فان الدال لا ضمان عليه لان
التلف بفعل السارق لا بدلالة الدال وكمن امسك هاربا عن عدو حتى قتله
العدو فانه لا ضمان على الممسك وله نظائر كثيرة ومن كان في يده مال
انسان فقال له سلطان ادفعه الي والا قطعت يدك او ضربتك خمسين
سوطا لا يضمن الدافع لو دفع لان امر السلطان كره معتبر شرعا لانه قادر
على ايقاع ما هدده فلا ضمان عليه ويضمن السلطان لانه مكره متلف ولو قال
السلطان ادفعه الى فلان واخذه فلان مختارا فالضمان على السلطان او الاخذ
وصاحب المال مخير ايهما شاء يضمن ولو كان الاخذ مجبورا فالضمان على
السلطان فقط ولو وضع في الصحراء منجلا ليصيد به حمار وحش ونحوه
وسمى عليه ليحل اكله فجاء في الغد قيد اتفاقي لا احترازي اذ لو جاء في
ساعته فالحكم ايضا كذلك ووجد الحمار مجروحا ميتا لا يحل اكله علله في
الزيلعي بان شرط الحل ان يذبحه او يجرحه وبدون ذلك لا يحل فصار كالنطيحة
والمتردية في الاية يريد انه لم يتيقن انه مات من جرحه وقد تقدم ما يتعلق
بهذه المسئلة في كتاب الصيد ويكره من الشاة اكل الحياء في المصباح

حياء الشاة ممدود وقال ابو زيد الحياء اسم للدبر من كل انثى من الظلف و
الخف وغير ذلك وقال الفارابي الحياء فرج الجارية و الناقة انثى والخصية
معروف مثناه خصيتان و المثانة في المصباح هو مستقر البول من الانسان
والحيوان وموضعها من الرجل فوق المعا المستقيم ومن المرأة فوق الرحم
والرحم فوق المعا المستقيم والذكر معروف والغدة في المصباح الغدة لحم
يحدث عن داء بين الجلد واللحم يتحرك بالتحريك والمرارة معروف والدم المسفوح
اي المصبوب وللقاضي ان يقرض من مال الغائب والطفل واللقطة لان في
الاقراض مصلحة لهم لبقاء مالهم محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستحفاظ
والاسترداد ولو كانت حشفة الصبي ظاهرة من موصولة رآه صلة لمن
ظنه خبر لمن مختتنا ولا تقطع عطف على ظاهرة جلدة ذكره الا بمشقة
جاز ترك ختانه لان ترك الواجب بالعذر جائز وترك السنة اولى والختان
من سنة الانبياء عم من زمان ابرهيم عم قيل اربعة عشر نبيا ولد مختونا
ادم عم وشيث عم ونوح عم وهود عم وصالح عم وشعيب عم ويوسف
عم وموسى عم وسليمان عم وزكريا عم وعيسى عم وحنظلة بن صفوان
ونبينا محمد عم وكذا شيخ اسلم وقال اهل البصر لا يطيق الختان لانه
معذور وخبر اهل البصر معتبر ووقت الختان غير معلوم على الصحيح وقيل
سبع سنين وقيل تسع سنين وقيل حتى يبلغ وقيل عشر سنين ولا يجوز
ان يصلي على غير الانبياء والملائكة الا بطريق التبع بان يقول اللهم صل على
محمد واله وصحبه وسلم وذلك لما فيه من تعظيم النبي عم واختلف في الترحم
قيل يجوز وقيل لا ولا الاعطاء باسم النيروز والمهرجان اي لا يجوز الاهداء
باسم هذين اليومين قال ابو جعفر الكبير لو ان رجلا
عبد الله خمسين سنة ثم جاء النيروز واهدى
الى بعض المشركين بيضة يريد تعظيم ذلك اليوم
فقد كفر وحبط عمله



[illegible]